أصول الفقه الإسلامي

الدكتور/ محمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١٩٩٨

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير ت . ٤٨٢٨٠٩٩

منشأة المعارف
بالاسكندرية

أصول الفقه الإسلامي

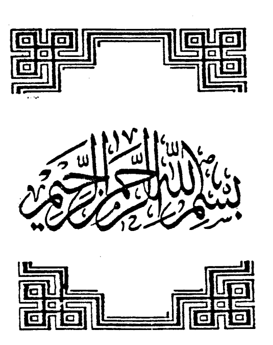


بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً
لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾

[آية ٢١ سورة الروم]

صدق الله العظيم


بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

يضم هذا الكتاب الدروس التى ألقيتها فى علم أصول الفقه على طلاب الدراسات الفقهية والشرعية فى السنوات العشر الأخيرة فى كل من دار العلوم بالقاهرة والجامعة الإسلامية العالمية بإسلام أباد، وكلية الحقوق بالاسكندرية.

ولم أهدف فى هذه الدروس إلا إلى التعريف بالمباحث والمفاهيم والمسائل التى تتناولها المؤلفات المعروفة فى هذا العلم. ومع ذلك فإننى أهدف إلى تمييز هذه الدروس عن هذه المؤلفات بأمرين: أولهما الوضوح عن طريق التركيز على القواعد والمفاهيم الأساسية فى علم أصول الفقه والإكثار من الأمثلة التوضيحية، والبعد عن هذا الأسلوب الجدلى الذى سيطر على التفكير الأصولى فى مؤلفاته المتداولة. والثانى الربط بين قواعد هذا العلم وبين الفروع الفقهية ومناهج التفكير الفقهى، بحيث تعين هذه القواعد على فهم التفكير الفقهى ومناهجه ـ وقد حاولت ـ مع تحرى الوضوح وإبراز الجانب العملى أن أتوخى الدقة فى تقديم القواعد والمفاهيم الأصولية النظرية من مصادرها المعتمدة.

وترجع أهمية هذا البحث فى المقام الأول إلى أهمية الموضوع الذى نقدمه. ذلك أن دراسة علم أصول الفقه لا تكمن أهميتها فى مغزاها التاريخى

وضرورتها لفهم مناهج التفكير الإسلامى فى العلوم المختلفة فحسب، وإنما تكمن هذه الأهمية كذلك فى خلق الملكة الفقهية لدى طلاب الدراسات الفقهية والقانونية، وتدريب هؤلاء الطلاب على استخدام الوسائل التى يمدهم بها علم أصول الفقه فى تفسير النصوص القانونية، والاهتداء بها إلى مقاصد الشرع والأحكام التى أراد التعبير عنها.

ويدرك أساتذة الدراسات القانونية فى فروعها المختلفة أهمية أصول الفقه فى عملهم. وهذه الحقيقة محل ما يشبه الإجماع بينهم. وما تزال مصطلحات أصول الفقه فى العموم والخصوص والإطلاق والتقييد والأمر والنهى والمجاز والحقيقة والمفهوم والظاهر مما يجرى استخدامه فى قاعات المحاكم ومرافعات المحامين وقضاء القضاة. لقد ساعد علم أصول الفقه الإسلامى على ضبط الحقوق والواجبات الإنسانية فى الماضى وما يزال أداة فعالة فى تيسير هذا الضبط، ولذا فإنه لا غنى عن هذا العلم بالنسبة لطلاب الدراسات الفقهية والقانونية على وجه الخصوص.

وإذ اتضحت الأهمية العلمية لدراسة أصول الفقه على هذا النحو، فإن الواجب يقتضى استفراغ الوسع فى تحرير مسائل هذا العلم وفهمها والتعبير عنها فى لغة تبتعد عن هذا «الأسلوب الجدلى» الذى سيطر لقرون عديدة على الكتابة الأصولية، وعقّد موضوعات هذا العلم وصبغه بهذه الصّبغة النظرية المجردة، وأشاع فى جوانبه روح المنطق الأرسوطاليسى، حتى لا يتذكر القارئ فى هذه المؤلفات الأصولية الهدف منها وهو وصف البناء الحقوقى الذى جاء به التفكير الفقهى، ومناهج إقامته، وأساليب التطوير فيه، وطرق تطبيقه. وينبغى لهذا ألا ينفك اختيار اللغة الأصولية المناسبة عن الهدف من تقديم مضامين علم أصول الفقه، وهو وصف مناهج التفكير الفقهية سواء فى استنباط الأحكام الشرعية أو فى تطبيقها.

ويتألف علم أصول الفقه من أربعة أقسام أساسية: أولها: الأحكام الشرعية. والثانى: الأدلة الشرعية. والثالث: طرق استنباط هذه الأحكام من تلك الأدلة.

ويتعلق القسم الرابع والأخير بالمجتهد الذى يقع عليه عبء استنباط هذه الأحكام، وهذا هو ما يتناوله هذا الكتاب بالبحث والمتابعة.

ويقابل أصول الفقه ما يعرف فى الدراسة القانونية بعلم أصول القانون Jurisprudence الذى يتعلق هو الآخر بالمبادئ الأساسية للقانون والنظم التشريعية، وتتسم مبادئه كذلك بالتجريد والعموم وكونه علماً نظرياً.

ومن الطبيعى أن تختلف مسائل علم أصول القانون الإنجليزى ـ على سبيل المثال ـ عن المسائل والقواعد التى يضمها علم أصول الفقه من جهة أن كلا من هذين العلمين متعلق بنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى الذى يتعلق به الآخر. ولذا يحتوى علم أصل القانون الإنجليزى على موضوعات تخصه كموضوع السوابق القضائية Precedents وترتيب المحاكم والتشريع والدور الذى يؤديه إلى جوار عمل المحاكم، وإنما ذلك لأهمية هذه الموضوعات فى وصف النظام القانونى الإنجليزى. أما علم أصول الفقه فيتناول هذه المسائل التى تختص بالنظام الفقهى الإسلامى، والمصادر والأسس التى يقوم عليها هذا النظام، من هذه الأدلة المنصية التى يعتمد عليها الفقيه فى استنباط الأحكام الشرعية، وهى القرآن والسنة. وهناك مع ذلك عدد من المسائل المشتركة التى يتناولها كل من علم أصول القانون، وعلم أصول الفقه على حد سواء، مثل قواعد الأهلية والحقوق والعرف وتفسير النصوص التشريعية وطبيعة القانون والمسئولية والاجتهاد والمصادر وما إلى ذلك مما ييسر إمكان المقارنة.

لقد بذل الأصوليون المسلمون جهداً كبيراً فى تحرير مسائل علم أصول الفقه التى يتوقف عليها فهم النظام الفقهى ومعرفة مناهج التفكير فيه. وسار الكاتبون المحدثون على منوالهم فى التعرض لهذه المسائل نفسها دون إضافة تذكر، على الرغم من اختلاف مناهج التفكير الفقهى وتطرق مفاهيم عديدة للبناء التشريعى الموضوع موضوع التطبيق، مما يتطلب إضفاء مضامين جديدة لعدد من

المفاهيم القديمة، وإضافة مسائل ومفاهيم جديدة إلى قائمة الموضوعات التى استقر بحثها فى علم أصول الفقه على مر الأجيال وتتابع العصور. وعلى سبيل المثال فإن مفهوم العرف قد تغير عما كان عليه وأصبح للقوانين الوضعية المطبقة فى بلاد العالم الإسلامى تأثيرها فى خلق مواضعات اجتماعية تقتضى التأمل من الوجهة الأصولية، كذلك فإن أسلوب «التخير» من المذاهب الفقهية قد اكتسب أهمية خاصة فى التقنينات الحديثة على نحو يستوجب الضبط من الوجهة الأصولية.

وفى اعتقادى أن محتويات علم أصول الفقه ومسائله يجب أن تتسع لتشمل بعض المفاهيم الحقوقية المعتبرة من بين الأصول التى تقوم عليها النظام القانونية، والتى درج علم أصول القوانين بمفهومه الحديث على تناولها، وذلك كمفهوم الملكية والحيازة والمسئولية والمال والالتزامات والإجراءات وترتيب المحاكم.

ولا تهدف هذه الدراسة إلى تجديد أصول الفقه، وضم هذه المسائل إلى محتوياته؛ إذ أنها موجهة فى المقام الأول إلى الطلاب المبتدئين فى الدراسة الأصولية بغية تعليمهم مبادئ هذا العلم ومسائله المشهورة، وإن لم يمنع ذلك من الإشارة إلى مستوى آخر للدراسة الأصولية يقوم على استكمال مباحثه والربط بينه وبين كل من البناء الفقهى الذى يعبر عنه ومناهج التفكير التشريعية فى المرحلة الراهنة.

لقد صدرت مطالبات عديدة بتجديد علم أصول الفقه من حيث البعد به عن مفاهيم المنطق الصورى الذى تلبس بهذا العلم بأشكاله ومصطلحاته، ومن حيث التركيز على مخاطبة الواقع الاجتماعى والثقافى المعاصر الذى نعيشه، ومن حيث الترتيب والتبويب لمسائل هذا العلم، ومن حيث أسلوب النظر إلى قضاياه ومنهج التفكير فى هذه القضايا.

ومن أهم هذه المطالبات ما أثاره الدكتور حسن عبد الله الترابى فى مقاله المنشور بمجلة المسلم المعاصر عام ١٩٨٧ بعنوان «منهجية التشريع الإسلامى». ونأمل التمكن من الوفاء بشئ من هذه المطالبات بما لا يخل بالغرض الأصلى من هذه الدراسة.

وتقوم هذه الدراسة على الرجوع لأمهات الكتب الأصولية المعروفة كالرسالة، والمعتمد، والبرهان، والإحكام لابن حزم، ومنهاج الوصول، وجمع الجوامع، وتيسير التحرير. غير أننى قد التفت على وجه الخصوص إلى الإفادة من الكتب التالية:

١ـ البرهان للجوينى.

٢ـ المستصفى للغزالى.

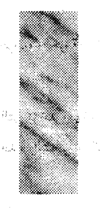
٣ـ المحصول للرازى.

٤ـ الإحكام للآمدى.

٥ـ الموافقات للشاطبى.

٦ـ التوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود.

وأبدأ قبل الدخول فى قضايا علم الأصول بتحرير مقدماته العامة ، مع تعرض لمفهوم هذا العلم ونبذة عن تطوره.



تمهيد
في معنى أصول الفقه وأهم المؤلفات فيه

معنى أصول الفقه:

حق على كل من حاول تحصيل علم من العلوم أن يتصور معناه وتطوره وموضوعه، والغاية المقصودة من تحصيله، حتى لا يكون سعيه عبثاً[1].

وإذا كان الفقه فى اللغة عبارة عن الفهم والنفاذ لبواطن الأمور، فإنه فى الاصطلاح: «العلم بالأحكام الشرعية العملية الفروعية»، وذلك كالعلم بأن السرقة حرام، والصلاة واجبة، وصوم رمضان واجب ، وهكذا .

وأما أصول الفقه، فهو العلم بالقواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وإنما ذلك لأن الأصول هى المبادئ والأسس التى يستند إليها تحقق الفقه، وذلك فى الأدلة التى يستند إليها الفقه، وفى وجهات دلالتها على الأحكام. إن الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية، وأصوله هى الأدلة الشرعية، وجهات دلالتها على هذه الأحكام.

وأما موضوع أصول الفقه فهو :

---
(1) الإحكام للآمدي، ٧/١.

١ـ القواعد الأصولية المتعلقة بالأحكام الشرعية، كالوجوب، والحرمة، والفساد، والبطلان، والصحة.

٢ـ القواعد الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية والمصادر التى تؤخذ منها الأحكام وتدل عليها، كالإجماع، والقياس، وخبر الواحد، والتواتر ، والعرف، والمصالح، وما إلى ذلك.

٣ـ القواعد الأصولية اللغوية المتعلقة بأوجه استنباط الأحكام الشرعية، وذلك كدلالة اللفظ العام على أفراده، والمشترك اللفظى، وكدلالة صيغة افعل (الأمر) للوجوب أو الندب والإرشاد. وإنما يتناول الأصولى من هذه القواعد بقدر ما يكفيه فى فهم دلالة النصوص الشرعية على الأحكام التى تستنبط منها.

٤ـ القواعد الأصولية المتعلقة بالمجتهد وكيفية قيامه بعمله فى استنباط الأحكام الشرعية.

ووظيفة الأصولى بهذا مختلفة عن وظيفة الفقيه، إذ على الفقيه معرفة الحكم الشرعى فى الفروع العملية ، والمشاكل الفردية، والعلاقات الاجتماعية التى يواجهها الناس، على حين تنحصر وظيفة الأصولى فى تقديم القواعد اللازمة لاستنباط هذه الأحكام.

وبهذا فإن علم أصول الفقه علم لا يتعلق على نحو مباشر بالحياة العملية والمشكلات الواقعية التى يتصدى لها الفقيه، ومع ذلك فإن عمل الفقيه وقدرته على قيامه بوظيفته مرهونان بتقدم الأصولى فى صياغته لقواعد استنباط الأحكام الشرعية. ويشبه الأمر فى ذلك علمى الحساب أو الهندسة اللذين تتسم مباحثهما بالتجريد والعموم والبعد عن الواقع العملى على الرغم من أن التقدم فى مجالات عملية كثيرة كأبحاث الفضاء والتشييد والبناء مرهون بما يحرزه هذان العلمان من نتائج يستعين بها المهندسون والمقاولون وأصحاب المسئوليات العملية.

وإنما يستند علم أصول الفقه فى صياغته المتداولة إلى عدد من المصادر التى يستمد منها مباحثه. وهذه المصادر هى علم المنطق، وعلم الكلام واللغة وإلى العلم بالأحكام الشرعية أو الفقه.

وقد ذكر الآمدى أن علم أصول الفقه مستمد من علم الكلام والعربية والأحكام الشرعية [1]. ويدل ذلك الترابط على أن حالة التقدم فى علم أصول الفقه مرهونة بدرجة التقدم فى هذه العلوم الأخرى التى تتعلق مباحثها بمباحثه.

نشأة علم أصول الفقه:

فوجيء الصحابة بعد وفاة رسول الله ﷺ بواجبهم فى ضبط علاقاتهم الاجتماعية وسلوكهم وأنماط حياتهم وفق ما جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية، بعد أن كان مرجعهم فى ذلك إليه ﷺ. وقد اعتمدوا فى ذلك على تفسيرهم للنصوص الشرعية وفق ما هدته إليه فطرتهم وحسهم الاجتماعى واللغوى وإدراكهم لمقاصد التشريع دون أن يكون لهم منهج تفصيلى محدد يلتزمون بالاستناد إليه.

ولا يعنى ذلك عدم وجود إطار عام منطقى يرجعون إليه فى استنباط الأحكام التشريعية؛ إذ تفيد اجتهادات الصحابة وقضاياتهم أنهم كانوا يعرفون المقايسة وعلل الأحكام المصالح والأعراف، ويلزمون أنفسهم بالرجوع إلى الأدلة المعتمدة، ويرتبونها من حيث الدرجة فى التقدم ويرجحون بينها ويتحدثون فى النسخ . يدل على ذلك ما يلى:

١- قضاء على رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بجلد الشارب للخمر ثمانين جلدة قياساً على حد القذف المنصوص فى القرآن الكريم. ويعلل لقياسه هذا بأن الشارب إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، وحد المفترى ثمانين جلدة.

---

(١) الإحكام ٩/١.

٢ـ حكم أبي بكر بقتال مانعي الزكاة، وقال في ذلك رداً على من خالفه في حكمه هذا: «والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة»، فهو يقيس إنكار الزكاة على جحد الصلاة في الحكم بقتال الجاحد والمنكر باعتبار كل منهما أصلاً من أصول الدين.

٣ـ حكم عمر بقتل الجماعة بالواحد استدلالاً بالمصلحة التي شرع من أجلها القصاص وخشيته أن يؤدي اشتراط المساواة بين القاتل والمقتول في العدد إلى فوات هذه المصلحة، وإلى هذا تشير عبارته التي وجهها إلى مخالفيه في الرأي وقوله لهم: «والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به».

٤ـ اختلف الصحابة في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، فذهب عبد الله ابن مسعود إلى أن عدة الحامل وضع الحمل مطلقاً تمسكاً بالعموم الوارد في سورة الطلاق في قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾[1]. غير أن جماعة من الصحابة ذهبوا إلى تقدير عدة الحامل بالأبعد من وضع الحمل أو أربعة أشهر إعمالاً لما جاء في قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾[2]. وكان ابن مسعود مصراً على رأيه، ويقول: «من شاء باهلته أن سورة النساء الصغرى نزلت بعد سورة النساء الكبرى». ويعني بذلك أن سورة الطلاق تأخرت في النزول عن سورة البقرة فتنسخها وتقضي عليها وتكون عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بهذا الاستدلال أربعة أشهر وعشرة أيام.

٥ـ قضى عمر بمنع تنفيذ حد السرقة عام المجاعة[3] لشبهة الاضطرار إلى السرقة.

٦ـ حكم عثمان بن عفان ببيع ضوالّ الإبل وحفظ ثمنها لأصحابها، واتخذ على

---

(١) الطلاق. آية ٤.

(٢) البقرة ، آية ٢٣٤.

(٣) منهج عمر بن الخطاب في التشريع للدكتور محمد بلتاجي، ص ٢٤٥ وما بعدها.

مكاناً خاصًا لحفظها فيه. وكان النبى ﷺ قد نهى عن التقاط ضوال الإبل، وقال: «ما لك ولها، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى تجد ربها». وإنما تغير الحكم بتغير وجه المصلحة والحفظ للمال.

وفى عهد التابعين توسع الفقهاء فى الحديث عن المبادئ الأصولية التى يستندون إليها، وتحددت مناهجهم، وعرف بعضهم بالتمسك بالآثار كما عرف بعضهم الآخر بالرأى، فهذا إبراهيم النخعى زعيم مدرسة الكوفة فى أواخر القرن الأول الهجرى يلقب بأنه صاحب رأى كما كان يلقب الشعبى زميله فى المدرسة نفسها بأنه صاحب آثار. وكان ربيعة من أنصار الرأى حتى لقب به وألحق باسمه فكان يطلق عليه ربيعة الرأى، وكان إبراهيم يقول: ما كل شئ قلناه سمعناه، ولكننا نسمع الشئ فنقيس عليه مائة شئ.

أما فى عهد ظهور المذاهب، فقد تحددت المناهج عن ذى قبل، وأصبح لأهل المدينة منهجهم الذى يؤلف بينهم ويجمعهم، كما اتخذ أهل الكوفة مذهباً يميزهم ويدل عليهم. ويكشف التمييز بين هذين المنهجين كتاب الحجج المبينة فى الرد على أهل المدينة الذى عبر فيه مؤلفه محمد بن الحسن الشيبانى عن مذهب الكوفيين، واستدل لهذا المذهب استدلالاً أصولياً يلتزم فيه بخطة محكمة. ويكشف عن هذا التميز كذلك «كتاب الرد على محمد بن الحسن» المتضمن فى كتاب الأم للشافعى، الجزء السابع، ص ٢٠٧ إلى ص ٣٠٣، وإنما ساعد الجدل بين أتباع هذه المذاهب وممثليها على تبلور الخطوط الفاصلة بين هذه المناهج، وهذا هو ما تكشف عنه رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد إمام مصر ورد الليث على هذه الرسالة.

تدوين علم الأصول:

وجاء الإمام الشافعى (١٥٠هـ/٢٠٤هـ) فى هذه الظروف التى كثر فيها الحديث عن مسائل هذا العلم، والخلاف حولها، دون أن تختص بتدوين معين.

ولما كان التدوين قد بدأ فى الفقه والحديث وغيرهما من العلوم الشرعية، فقد وجدت الدواعى إلى تدوين مسائل علم أصول الفقه.

وإذ توجد الحاجة يوجد الرجال، فيستجيب الشافعى لهذا المطلب، ويؤلف كتابه الرسالة الذى وضع فيه لبنات علم أصول الفقه، وناقش فيه بيان القرآن والسنة وعلاقتهما والاجتهاد والقياس والعلة والإجماع، كما تحدث عن العموم والخصوص والإطلاق والتقييد والمفهوم والنسخ، وما إلى ذلك من أصول الاستنباط. وإنما كتب الشافعى كتابه هذا بطلب من عبد الرحمن بن مهدى شيخ المحدثين فى العراق.

ويتمثل فضل الشافعى بهذا فى أمرين: أولهما تدوين مسائل علم أصول الفقه. والثانى: ترتيب هذه المسائل فى إطار نظرى محكم لا تتعارض أجزاؤه ولا يتناقض فى تفصيلاته. وفى هذا يقول الفخر الرازى: «كان الناس قبل الإمام الشافعى يتكلمون فى مسائل أصول الفقه، ويستدلون ويعترضون، ولكن ما كان لهم قانون كلى يرجعون إليه فى معرفة دلائل الشريعة وفى كيفية معارضاتها وترجيحاتها فاستنبط الشافعى علم أصول الفقه ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه فى معرفة مراتب أدلة الشرع، فثبت أن نسبة الإمام الشافعى إلى علم الشرع كنسبة أرسطوطاليس إلى علم العقل» [1].

ثم تتابع العلماء فى الاهتمام بمسائل هذا العلم مستفيدين من التقدم العلمى فى مجالات اللغة والمنطق وعلم الكلام والفقه، وأثمر هذا الاهتمام ظهور عدد من المؤلفات الأصولية التى تختلف فى المنهج والأسلوب والمسائل التى تتناولها عن رسالة الشافعى اختلافاً بعيد المدى، وأشهر هذه المؤلفات التى ظهرت فى القرن الخامس الهجرى أربعة وهى:

---

(١) مناقب الإمام الشافعي للرازي، ص ٥٥.

١ـ العُمَد [1] للقاضي عبد الجبار الشافعي المعتزلي المتوفى سنة ٤١٥هـ.

٢ـ المعتمد شرح العمد للقاضي أبي الحسين البصري الشافعي المعتزلي المتوفى سنة ٤٧٤هـ.

٣ـ البرهان لإمام الحرمين الجويني الشافعي الأشعري المتوفى سنة ٤٧٨هـ.

٤ـ المستصفى للإمام الغزالي الشافعي الأشعري المتوفى سنة ٥٠٥ هـ.

طريقة المتكلمين:

تنتمي هذه الكتب المذكورة جميعها إلى طريقة المتكلمين أو الشافعية، لأن مؤلفيها كانوا من رؤساء المذاهب الكلامية، وتنسب كذلك إلى الشافعي، لأنه هو الذي بدأها. وتتميز هذه الطريقة بالخصائص التالية:

١ـ تحرير القواعد الأصولية في ذاتها والاستدلال عليها بالبراهين العقلية والنقلية، دون تقيد باستنباط هذه القواعد من الفروع.

٢ـ النظر إلى القواعد باعتبارها حاكمة للفروع لا مستنبطة منها، فنقطة البدء في هذه الطريقة هي القاعدة، وهم لهذا يثبتونها بالأدلة والبراهين، ثم لا يتجهون إلى اختبار تطبيقها على الفروع، لأن مستنبط الفروع عليه أن يتقيد بهذه القواعد.

٣ـ الاهتمام بالجدل والمناظرة والخلاف في القواعد، بإثبات الرأي والرأي المخالف، ودليل كل فريق والدفوع الواردة على هذه الأدلة لتأييد الموقف الخاص الذي يطمئن إليه المؤلف.

---

[1] جاء في الطبعة القديمة لابن خلدون ص ٤٥٥ أنه العهد (بالهاء) مما كان سبباً في شيوع الخطأ في تسمية الكتاب على هذا النحو في عدد من المؤلفات الحديثة التي تناقلت نص مقدمة ابن خلدون عن تطور التأليف في أصول الفقه.

٤ـ التطرق إلى كثير من المسائل الكلامية والمنطقية كمناقشة مبدأ عصمة الأنبياء قبل النبوة والتحسين والتقبيح العقليين.

فائدة هذه الطريقة:

نظراً لتركيز هذه الطريقة على القاعدة الأصولية فى حد ذاتها وإلى سلامتها فى الاستدلال فإن هذه الطريقة قد جذبت إليها عدداً من الأصوليين المنتسبين لغير المذهب الشافعى كالمالكية والحنابلة.

طريقة الأحناف أو الفقهاء :

ظهرت طريقة أخرى فى التأليف الأصولى، هى طريقة الفقهاء لأنها تبدأ من الفروع الفقهية، وتستنبط منها القواعد الأصولية لأحكام هذه الفروع. وهدف استنباط القواعد الأصولية من الفروع على هذا النحو معرفة المناهج التى سار عليها أئمة المذهب والدفاع عن آرائهم، ذلك أن هذه القواعد قد صيغت بعد مجيء أئمة المذهب الحنفى فأراد أتباع هذا المذهب معرفة المنهج الأصولى الذى اتبعه هؤلاء الأئمة لتأييد المذهب. وبهذا تختلف طريقة الفقهاء أو الأحناف فى أن القواعد الأصولية ليست حاكمة على الفروع بل مستمدة منها، وهى ليست سابقة على هذه الفروع بل مسبوقة بها.

وأهم الكتب التى ألفت على هذه الطريقة :

١ـ أصول الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠هـ.

٢ـ أصول الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، وهو مطبوعفى مقدمة كتابه أحكام القرآن.

٣ـ أصول البزدوى المتوفى سنة ٤٠٠هـ ، وقد شرحه عبدالعزيز البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ ، فى كتابه كشف الأسرار.

٤ـ أصول السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ ، وهو أوفى من سابقيه وأكثر بياناً وتفصيلاً.

وتتميز طريقة الأحناف بالخصائص التالية :

١ـ تستند هذه الطريقة في استخراج القواعد الأصولية إلى الاستنباط من الفروع، ولا تستند إلى مجرد الصحة المنطقية للقاعدة. ولذا لا مجال للإكثار من البراهين والاستدلالات والعناية بذكر الآراء المختلفة والجدال حول القاعدة، لأنها تكون صحيحة إذا استندت إلى الفروع وغير صحيحة إذا لم تشهد لها الفروع الفقهية.

٢ـ الاستشهاد على صحة القاعدة بذكر الفروع الفقهية التي تشهد لها والتي تخرجت على أساسها.

ونظراً لكثرة الفروع المستشهد بها على الأصل واستنباطه منها، فإن ابن خلدون يذكر أن طريقة الفقهاء أليق بالفقه وأبعد عن الدخول فيما تطرق إليه المتكلمون الأصوليون من مسائل علم الكلام والمنطق.

الطريقة الجامعة أو طريقة المتأخرين:

وهناك إلى جانب ذلك مؤلفات أصولية تتسم بالجمع بين سمات هاتين الطريقتين السابقتين. وهذه هي الطريقة التي سار عليها متأخرو الأحناف.

ومن أهم الكتب التي سارت على هذه الطريقة :

١ـ كتاب التنقيح وشرحه التوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المتوفى سنة ٧٤٧هـ. وقد جاء المتن والشرح تلخيصاً لأصول البزدوي ومحصول الفخر الرازي ومختصر ابن الحاجب.

٢ـ التحرير للكمال بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ، وقد شرحه أمير باداشاه الحسيني المتوفى سنة ٩٨٧هـ في كتاب «تيسير التحرير».

٣ـ مسلم الثبوت لابن عبد الشكور المتوفى سنة ١١١٩ هـ ، وشرحه عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى فى كتاب سماه «فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت».

٤ـ الموافقات للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبى الأندلسى المتوفى سنة ٧٩٠هـ، وهو من أهم الكتب الأصولية التى جمعت بين طريقتى الفقهاء والمتكلمين. وأضافت عدداً كبيراً من المباحث والمسائل الأصولية التى لا تجدها فى كتب الأصول الأخرى، ومن ذلك مبحث مقاصد الشريعة التى خصص لها الجزء الثانى من كتابه هذا. ويدخل هذا الكتاب ضمن محاولات التجديد فى هذا العلم.

الغاية من دراسة أصول الفقه:

يشتمل هذا العلم على تحديد منهج التفكير فى العلوم الشرعية المختلفة كالفقه والأخلاق وعلم الكلام. ولا غنى عنه فى دراسة ما يلتحق بذلك من علوم تلتحق بهذه العلوم السابقة كبعض الظواهر الاقتصادية والاجتماعية. ويعبر هذا العلم عن أسلوب التفكير الذى قبلته الحضارة الإسلامية مثلما عبر المنطق اليونانى عن أسلوب التفكير الذى تبنته الحضارة اليونانية، إذ يقوم علم أصول الفقه فى جوهره على أسس استقرائية واضحة فى التعرف على العلة أو المعنى الذى ارتبط به الحكم الشرعى.

ولذلك يتحدث الأصوليون عن السبر والتقسيم والطرد والعكس، بما يفيد توجههم فى الكشف عن علة الحكم إلى حصر المعانى التى يحتمل ربط الحكم بأحدها (كتحريم الخمر واحتمالات ارتباط هذا الحكم بلونها أو سيولتها أو الالتذاذ بشربها أو رائحتها أو تأثيرها على العقل). وهذا هو التقسيم، ثم اختبار كل وصف من هذه الأوصاف (السبر) بالوسائل المنطقية المختلفة كالطرد أو العكس، فلا يثبت طرد الحكم بالتحريم فى الأشياء السائلة أو فى اللون المعين أو

للرائحة. وهذه العناصر الاستقرائية هي التي كفلت لعلم أصول الفقه التعبير عن منهج علمي مقبول لا في العلوم الاجتماعية وحدها، بل في العلوم العملية كذلك. وتدل أبحاث الدكتور علي سامي النشار على أن الأصوليين لم يستفيدوا فحسب من التقدم العلمي والمنطقي الذي وجد في بيئتهم في صياغة نظريتهم الأصولية، وإنما كانوا دعاة لهذا التقدم وسبباً من أسبابه كذلك.

والحاصل أن علم أصول الفقه يعبر عن المنهج الإسلامي المقبول للتفكير في العلوم الشرعية المختلفة، كما أنه يحتوي على أسس المنهج العلمي الاستقرائي في الظواهر الاجتماعية المختلفة.

ويقدم أصول الفقه على مستوى الدراسة الفقهية الأسس المنهجية اللازمة للتعرف على الحكم الشرعي فيما يعرض من حوادث متجددة. ولا غنى عن هذا العلم للمجتهد. ولذا ينقل كثير من الأصوليين أن تعلم هذا العلم فرض بناء على أن: «معرفة حكم الله تعالى في الوقائع النازلة بالمكلفين واجبة ولا طريق إلى تحصيلها إلا بهذا العلم، وما لا يتأدى الواجب المطلق إلا به، وكان مقدوراً للمكلف فهو واجب»[1]. وليس هذا الوجوب وجوباً عينياً على كل أحد، وإنما هو من فروض الكفايات، «لأنه لا يجب على الناس بأسرهم طلب الأحكام بالدلائل المفصلة، بل يجوز الاستفتاء، وذلك يدل على أن تحصيل هذا العلم ليس من فروض الأعيان، بل من فروض الكفايات».

مقدمات علم أصول الفقه:

درج المؤلفون في أصول الفقه منذ المعتمد على بدء كتبهم بالتعرض لمقدمات عامة، تنقسم إلى مقدمات كلامية ولغوية فقهية، ويعلل الآمدي لتقسيم هذه المقدمات هذا التقسيم بقوله: «قد عرف أن استمداد علم أصول الفقه إنما

(١) المحصول للرازي ص ٥٤.

هو الكلام والعربية والأحكام الشرعية» [1]. وهو لهذا يستعرض المقدمات الأصولية بهذا الترتيب الذى نجده في البرهان والمستصفى والمحصول.

وتشمل المبادئ الكلامية تعريف كل من الدليل والنظر والعلم والظن.

أما الدليل فهو الذى يمكن التوصل به إلى مطلوب خبرى، سواء كان عقلياً أو نصياً أو مركباً منهما [2]. ومن الدليل العقلى أن تقول كل إنسان حيوان – وكل حيوان فان – كل إنسان فان. فالمقدمة الأولى والثانية هى الدليل الموصل إلى النتيجة ، وهى كل إنسان فإن ، فهذا هو المطلوب الخبرى الموصول إليه بالدليل، والمركب من النص العقلى قولهم النبيذ مسكر وكل مسكر حرام فيلزم عنه النبيذ حرام، وهو مركب لأن المقدمة «كل مسكر حرام» من السنة.

وأما النظر فإنه هو الفكر والتصرف بالعقل لتحصيل ما ليس حاصلاً فيه.

والعلم هو اليقين وحصول التمييز للحقائق حصولاً لا يتطرق إليه الاحتمال. وأما الظن فعبارة عن حصول التمييز للحقائق على نحو لا قطع فيه.

وتشمل المبادئ اللغوية قضية الوضع فى دلالة الألفاظ على المعانى عند نشأة اللغة، حيث جعل لكل شئ لفظ يدل عليه. وقضية الوضع من القضايا الأساسية فى التفكير الأصولى، حتى أثرت على تصور الأصوليين لمفهوم الحقيقة والمجاز والعموم والخصوص، فالحقيقة هى استعمال الكلام فى المعنى الموافق لما وضع له. والمجاز هو استخدام الكلام فى معنى آخر مخالف للمعنى الأصلى الذى وضع له.فلفظ أسد موضوع فى أصل اللغة للحيوان المفترس، غير أنه إذا استخدم فى الدلالة على الإنسان الشجاع كان ذلك من المجاز لانتقال بالكلمة عن المعنى الذى وضعت له إلى معنى آخر. واللفظ الدال على العموم هو المفيد بأصل الوضع للدلالة على الاستغراق والشمول لجميع أفراده، فكلمة «كل» تدل بأصل وضعها على الجميع طبقاً لهذا التصور.

---

(1) الإحكام ١٠/١.
(2) الإحكام ١١/١.

وتشمل المبادئ اللغوية التى تناولها الأصوليون إلى جانب ذلك القضايا التالية:

- دلالة المفرد وانقسامها إلى دلالة لفظية (مطابقة كدلالة الإنسان على معناه وتضمن كدلالة الإنسان على ما فى معناه من الحيوان)، وإلى دلالة غير لفظية، وهى دلالة الالتزام كدلالة لفظ الإنسان على ما هو خارج عن حقيقته كالمشى والحركة، وعلى الرغم من اشتراك دلالة التضمن والإلتزام فى افتقارهما إلى النظر العقلى فإن دلالة التضمن تنصرف إلى جزء المعنى الداخل فى مدلول اللفظ على حين تنصرف دلالة الالتزام إلى ما هو خارج عن مدلول اللفظ.
- أقسام المفرد من الأسماء والأفعال والحروف.
- اللفظ المشترك، وهو اللفظ الواحد ذو المعنيين المختلفين كالعين لبئر الماء والباصرة، وقد اهتم الأصوليون ببحثه لوقوعه فى القرآن من جهة ، ولصلته بقضية الوضع فى اللغة.
- قضية الترادف فى اللغة.
- تقسيم الأسماء بحسب دلالتها إلى حقيقة ومجاز وما يلتحق بذلك من بيان أنواع الحقائق والمجازات وتغير الدلالات اللغوية للأسماء بالعرف والمواضعات الاجتماعية.

المبادئ الفقهية :

يتناول الأصوليون تحت هذا العنوان الأسس التى يقوم عليها التفكير الفقهى والأصولى، وأعرض لعناوينها فحسب، لأن بعضها مما يرد تفصيله فيما بعد على حين يمكن الاستغناء عن تفصيل بعضها الآخر فى هذه الدراسة الموجهة لمستوى معين، وهذه المقدمات هى:

١ـ رجوع الحكم الشرعي إلى الله سبحانه وتعالى، فلا حاكم سواه، ولا حكم إلا ما حكم به. ويتفرع على هذا الأصل أن العقل ليس مصدر التحسين والتقبيح للأفعال والأشياء، وإنما مصدر هذا التحسين أو التقبيح هو الشرع. ويتفرع على هذا الأصل كذلك أنه لا حكم قبل ورود الشرع.

٢ـ رجوع وجوب شكر المنعم إلى السمع والنصوص الشرعية لا إلى العقل.

٣ـ حقيقة الحكم الشرعي وأقسامه وقضية العلاقة بين الفرض والواجب حسبما يأتي تفصيله في مناسبته من الفصل التالي بعد قليل.

وعلى الرغم من اختلاف المؤلفات الأصولية في الإضافة إلى هذه المقدمات والزيادة عليها أو الحذف منها فإن أكثرها مما تواردت عليه هذه المؤلفات.

أسلوب الكتابة الأصولية :

تتسم الكتابة الأصولية كما تقدم بالتركيز على القواعد المجردة العامة، وعدم الالتفات إلى ضرب الأمثلة الفقهية لتوضيح هذه القواعد وربطها بفروع الفقه ومسائله. وقد أدى هذا في أحيان كثيرة إلى استشعار صعوبة قراءة المؤلفات الأصولية. ومن جهة أخرى فإن المؤلفات الأصولية تتبع أسلوباً لا يخطئه الناظر، وهو «الأسلوب الجدلي» الذي يقوم على العناية بتسجيل وجهات النظر المتباينة في القاعدة، مع ذكر الأدلة التي تستند إليها كل من وجهات النظر المختلفة، وإثارة الاعتراض عليها، والرد على الاعتراضات المثارة، حتى يصير الأمر وكأننا في مناظرة حية ترتفع فيها الأصوات وتتعدد وجهات النظر والأدلة، ومما لا شك فيه أن المفكرين المسلمين قد شغفوا بالجدل والمناظرة طبقاً لما يدل عليه نقد الغزالي للمناظرة وعلم الخلاف في الإحياء، ومطالبته إياهم بألا يجروا وراء أهوائهم في تحديد الهدف من المناظرة وهو كسب الخصوم وإفحامهم والانتصار عليهم.

وقد أكد الغزالي بأن عليهم أن يكون الهدف من المناظرة هو إظهار الحق، سواء جرى ذلك على أيديهم أو على أيدى من يناظرنهم، ومن الواضح أن الرغبة

فى الاعتراف بالتفوق العلمى كانت وراء حدة المناظرات أحياناً، كما أثارها تطلع الأجيال الجديدة من شباب العلماء إلى الاعتراف بهم من شيوخهم.

ويؤكد جورج مقدسى Gorge Makdisi أن الشاب كان يتعين عليه الدخول فى مناظرة علمية إن رغب فى إثبات منزلته العلمية والمشاركة فى المسئوليات العملية(1).

وقد تطور علم الخلاف حتى أصبحت له قواعده وأصوله فى فترة تطور التأليف الأصولى، وانعكس ذلك فى الكتابة الأصولية التى بدا تأثرها بقواعد هذا العلم وبروح المناظرة حسبما يدل عليه تميز الكتب الأصولية بما يلى:

١ـ ذكر الآراء المختلفة والتعريفات العديدة للمصطلحات.

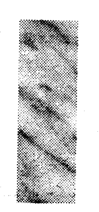
٢ـ سرد الاستدلالات العقلية والنقلية لهذه الآراء وتوجيهها دون كلل، سواء ما صح منها أم لم يصح.

٣ـ تفصيل الاعتراضات الواردة على كل رأى مع رد ما يقبل الرد منها والانتصار لما يميل إليه المؤلف.

وقد ضمن الاحتفاظ بالأسلوب الجدلى فى المؤلفات الأصولية المتأخرة على الرغم من بعد وقت تأليفها عن زمان ظهور المناظرات وحدتها عدد من العوامل، من بينها سيطرة أسلوب التأليف فى الكتب المعتمدة والإعجاب بها وتقليدها والتوارد عليها تدريساً وحفظاً وشرحاً واختصاراً وتحشية فضلاً عن الحيوية التى ينعم بها هذا الأسلوب الجدلى، وملاءمته لسرد الآراء المختلفة والاحتجاج لها أو عليها.

وفى اعتقادى أن الوعى بأسلوب التأليف الأصولى على هذا النحو من شأنه أن ييسر الاطلاع على المؤلفات الأصولية المعتمدة.

(1) The Seareh for God,s Law, Bernerd Weiss, P. 46.



القسم الأول

الحكم الشرعي

تقديم :

إذا كان الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ـ كما تقدم ـ ، فإن هذا يعنى أن استنباط هذه الأحكام هو الثمرة التى يرجوها الفقيه ويعمل لها الأصولى. ولذا وجبت معرفة هذه الأحكام، وإفراد حيز مناسب لدراستها فى علم أصول الفقه.

والأحكام مفردها حكم، ويطلق فى اللغة بمعنى القضاء، وبمعنى الفهم للشريعة من مثل ما جاء فى قوله تعالى: ﴿ما كان لبشر أن يؤتيه الله الكتاب والحكم والنبوة ثم يقول للناس كونوا عبادى من دون الله﴾ [1].

وهو فى اصطلاح الأصوليين عبارة عن خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو المنع أو جعل أحدهما سببًا فى الآخر، أو شرطًا له، أو مانعًا منه.

---

(١) آل عمران ، ٧٩.

ويعرفه الآمدى بأنه: «خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية» [1]. ويتألف تعريف الحكم الشرعى من المعانى التالية:

١- طريق معرفة الحكم الشرعى هو النصوص وما دلت عليه من قياس ومصالح وإجماع. أما ما يستفاد من جهة العقل وحده فلا يدخل فى مفهوم الحكم الشرعى، فالواحد مع الواحد اثنان، وهو حكم عقلى لا شرعى.

٢- ينقسم الحكم الشرعى إلى أن يكون حكماً تكليفياً أو حكماً وضعياً.

٣- يتنوع الحكم التكليفى إلى أن يكون اقتضاءً بطلب الفعل على سبيل الإلزام - كما هو الحال فى الواجبات والمحرمات من مثل قوله فى إيجاب الصلاة والزكاة: ﴿أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾، وقوله: ﴿ خذ من أموالهم صدقة﴾، أو تحريم الزنا كقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾. وقد يكون الاقتضاء للفعل أو الترك على سبيل الترجيح كما هو الحال فى المندوبات والمكروهات. من ذلك قوله ﷺ: «أولم ولو بشاة» [2]. فإن ألولم فى الزواج ليس بواجب جمعًا بين النصوص. أما التخيير فهو التسوية بين الفعل والترك كقوله تعالى: ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر﴾، فإن الأكل والشراب فى الليل إلى الفجر مباح لمن وجب عليه صوم رمضان. ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله﴾، فإن الانتشار فى الأرض وابتغاء فضل الله عقب أداء صلاة الجمعة ليس من الواجب وإنما هو من قبيل المباح.

٤- يتنوع الحكم الوضعى إلى أن يكون سبباً أو شرطاً أو مانعاً.

٥- عرف الفقهاء الحكم الشرعى تعريفا ينظر إلى أثر الخطاب الشرعى ومدلوله،

---

(١) المستصفي ٥٥/١، والإحكام للآمدي ٩٠/١، والخطاب هو توجيه الكلام للغير لإفهامه، وخطاب الشارع كلامه وعبارته الدالة على مقصوده ، مما تضمنه القرآن والسنة، وهما دليلان لدلالتهما ما يخفي على الناس من الأحكام، وكشفهما عن خطاب الله تعالى.

(٢) ابن النجار الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ٣٢٣/١.

وأرادوا به الأوصاف التى تثبت بخطاب الشارع لأفعال المكلفين من وجوب وحرمة وغيرهما مما هو من صفات أفعال المكلفين ويتعلق التعريف الأصولى للحكم بمصدره وهو خطاب الشارع على حين ينظر الفقهاء إلى نتيجة هذا الخطاب وأثره وهو فعل المكلف. والخلاف بين التعريفين غير ذى أثر من الناحية العملية؛ فالفقهاء لا ينازعون فى رجوع الحكم إلى مصدره، وهو خطاب الشارع، كما أن التعريف الأصولى للحكم يتضمن تعلق هذا الخطاب بأفعال المكلفين. ويتفق الفريقان على أن قيام التلازم بين مصدر الحكم الشرعى (خطاب الشارع) وبين ثمرته (فعل المكلف) ، فإيجاب صوم رمضان مصدره الشرع ووجوب ذلك على المكلف هو النتيجة العملية المترتبة على هذا الإيجاب، وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿أقم الصلاة﴾ يسمى باعتبار النظر إلى نفسه التى هى صفة لله تعالى إيجاباً، ويسمى بالنظر إلى ما تعلق به وهو فعل المكلف وجوباً ، فهما متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار، فترى العلماء تارة يعرفون الإيجاب وتارة يعرفون الوجوب نظراً إلى الاعتبارين»[1].

٦ـ لضبط مباحث الحكم الشرعى يميز الأصوليون بين الجوانب التالية :

أ ـ المحكوم به، وهو الوصف الشرعى المتعلق بأفعال المكلفين من وجوب وحرمة وسببية وشرطية وغيرها.

ب ـ الحاكم الذى هو مصدر شرع الأحكام.

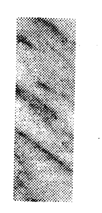
جـ ـ المحكوم فيه، وهو الفعل الإنسانى وما يتعلق به مما يرتبط به الحكم الشرعى.

د ـ المكلف الذى تتعلق به الأحكام وترجع إليه نتائجها والمسئولية عنها.

وفيما يلى توضيح مباحث الأحكام بهذا الترتيب.

---

(١) ابن النجار الفتوحى، شرح الكوكب المنير ٣٢٢/١.



الفصل الأول

المحكوم به (الحكم الشرعي)

معنى الحكم الشرعى:

تقدم أن الحكم الشرعى نوعان: تكليفى ووضعى. ومعنى التكليف إلقاء المسئولية وتوجيه الخطاب الشرعى بطلب الفعل أو الترك أو بالتخيير بينهما. أما الوضع فمعناه: الحال أو العلاقة بين شيئين أو أمرين، والحكم باعتبار أحدهما سبباً فى الآخر أو شرطاً له أو مانعاً منه. فالعلاقة التى نصبها الشارع بين الزوال أو الغروب ووجوب صلاة الظهر أو المغرب هى أن الأمر الأول سبب للثانى. كذلك فإن حولان الحول (مرور العام) على المال المزكى شرط لوجوب الزكاة، وانعقاد العقد من كامل الأهلية مع استجماع الشروط سبب لوجوب الوفاء به، وقتل الوارث المورث مانع من الميراث.

ويتضح من هذا أن مجال الأحكام التكليفية هو الأفعال الإنسانية والحكم على هذه الأفعال بالوجوب أو الحرمة أو غيرها. أما الأحكام الوضعية فمجالها ما يتعلق بهذه الأفعال الإنسانية من تحديد أوصافها، والعلاقات

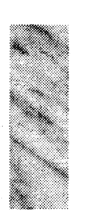
بينها، أو بينها وبين غيرها من وقائع مادية، ولا تتعلق الأحكام الوضعية بتحديد العلاقات بين الوقائع الطبيعية كالزلزال وتصدع المبانى أو الأمور العقلية كالواحد نصف الاثنين، وإنما تتعلق هذه الأحكام بالأفعال الإنسانية.

ويشترك الحكمان ـ التكليفى والوضعى ـ بهذا فى ورودهما على الأفعال الإنسانية على نحو مباشر أو غير مباشر، كما أنهما يتكاملان فى تنظيم هذه الأفعال، ولا يمكن عمل أحدهما دون الآخر، فصلاة الظهر واجبة على المكلف، غير أن تحديد وقت الوجوب وسببه من قبيل الحكم الوضعى، وكون الزكاة واجبة من قبيل الحكم التكليفى، لكن إعمال هذا الحكم يفتقر إلى معرفة الأوصاف الوضعية المعروفة (السبب، الشرط، المانع). ويتضح بهذا التكامل بين الحكمين التكليفى والوضعى.

ومع اشتراكهما فى هذا فإنهما يفترقان فى الأمرين التاليين:

الأول ـ المقصود بالحكم التكليفى هو طلب الفعل أو الترك بخلاف الحكم الوضعى الذى يقصد به تحديد العلاقة بين أمرين فى إطار كون أحدهما سبباً فى الآخر أو شرطاً له أو مانعاً منه.

والثانى ـ الفعل الذى يتعلق به الحكم التكليفى أمر مقدور للمكلف على حين أن الفعل المتعلق به الحكم الوضعى قد يكون مقدوراً للمكلف كالقتل المعتبر سبباً لوجوب القصاص والسرقة الموجبة للعقوبة الحدية أو التعزيرية، كما أنه قد يكون غير مقدور للمكلف كالزوال المعتبر سبباً لوجوب صلاة الظهر، وطلوع الهلال لوجوب صوم رمضان، وحولان الحول وهو شرط لوجوب الزكاة، فإن هذا كله مما لا يدخل تحت قدرة المكلف.



المبحث الأول

أنواع الأحكام التكليفية

يقسم جمهور الأصوليين الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع هي: الإيجاب، والتحريم إذا كان طلب الفعل أو الترك على سبيل الجزم، واستحقاق العقوبة على المخالفة، وإلى مندوب ومكروه إذا كان طلب الفعل أو الترك على غير سبيل الجزم ودون ترتيب عقوبة على المخالفة، وإلى مباح إذا كان الفعل والترك سيَّين. ويضيف الأحناف إلى ذلك كلا من الفرض والمكروه تحريما. أما الفرض فهو عندهم فوق الواجب ويثبت بدليل قطعي، والمكروه تحريماً هو الفعل المطلوب تركه بدليل ظني، بخلاف المكروه الذى يثبت بدليل قطعي. وبهذا فإن الأحكام التكليفية خمسة عند الجمهور، وسبعة عند الأحناف. وفيما يلي بيان بكل منها.

أولاً ـ الوجوب

يعرف الجمهور الواجب بأنه هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً كوجوب الصلاة والصوم والزكاة والحج، فهذه أفعال طلبها الشارع على سبيل الحتم واللزوم. وإنما يستفاد كون الطلب على سبيل الحتم من الصيغة وحدها كما في

الأمر أو بقوله كتبت عليكم كذا ، أو بغيره من القرائن المختلفة كترتيب العقوبة أو الذم على المخالفة أو اعتبار الفعل من مبانى الإسلام وأسسه التى لا يجوز تركها.

ويرادف الواجب الفرض عند الجمهور دون فرق بينهما.

أما الأحناف فيفرقون بينهما، ويرون الفرض أعلى رتبة من الواجب، باعتبار أن الفرض هو ما ثبت طلب الشارع فعله على وجه الحتم واللزوم مع ثبوت هذا الطلب بدليل قطعى. وذلك كالصلاة والصوم والحج، فهذه فرائض لأنها ثبتت بدليل قطعى، وهو القرآن والسنة والإجماع. أما إن ثبت طلب الفعل لزماً وحتماً بدليل غير قطعى فإنه يعد واجباً، من ذلك صلاة الوتر والعيدين وقراءة الفاتحة فى الصلاة، فالفعل فى هذا كله مطلوب على سبيل الحتم واللزوم، ولكنه لم يثبت بدليل قطعى، وإنما ثبت بدليل ظنى كخبر الآحاد أو الإجماع السكوتى أو القياس. وبهذا يشترك الفرض والواجب فى أنهما مطلوبان على سبيل الحتم واللزوم، والعقاب بالمخالفة، ولا فائدة من وراء هذا التفريق من الوجهة العملية.

تقسيمات الواجب:

ينقسم الواجب إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، من ذلك تقسيمه باعتبار وقت أدائه وباعتبار تقديره وباعتبار تعيينه وباعتبار من له الحق فى المطالبة بأدائه.

١- الواجب المقيد والمطلق:

ينقسم الواجب باعتبار أدائه إلى قسمين:

- أولهما ـ المؤقت أو المقيد الذى قيد الشارع أداءه بوقت معين كالصوم الواجب فى رمضان، والصلاة، فكلها مقيدة بأوقات معينة.
- والثانى ـ الواجب المطلق الذى لم يقيد الشارع أداءه بوقت معين كالكفارات

وقضاء رمضان والديات، ويصح لولى الأمر تقييد مثل هذا الواجب بوقت معين كفعل عمر فى الديات، حين قسّم الواجب منها فى ثلاث سنين.

وهكذا، فإن الطلب فى الواجب المطلق متجه إلى الفعل دون الوقت، بخلاف الواجب المؤقت أو المقيد الذى تتجه المطالبة به إلى فعله فى الوقت المحدد له.

غير أن الواجب المؤقت ينقسم إلى قسمين:

- أولهما ـ الواجب الموسع ، وهو الذى يتسع وقته المحدد له لأدائه وأداء غيره معه، وذلك كصلاة الظهر، فإن أداءها محدد بوقت معين، غير أن المكلف يستطيع أداءها فى أول الوقت أو آخره.
- والثانى ـ الواجب المضيق، وهو الذى لا يتسع وقت أدائه لغيره كصوم رمضان، فإن المكلف لا يستطيع الانصراف إلى صوم غير الواجب فى هذا الوقت.

ولا يفرق الجمهور فى الواجب المؤقت بين الواجب المضيق والموسع، لكن يفرق الأحناف بينهما فى اشتراط النية لصحة وقوع الفعل عن المكلف فى الواجب الموسع دون المضيق، ففى صوم رمضان لا تشترط النية لانصراف الصوم إلى الواجب، لأن وقته متعين له، بخلاف الواجب الموسع الذى يتسع وقته لأدائه وأداء غيره كصلاة الظهر، حيث يحتمل انصراف ما يؤديه المكلف من صلاة فى هذا الوقت إلى الصلاة الواجبة أو التطوعية، فتشترط النية لتعيين الفعل ووقوعه فى الواجب عليه.

ولا يرى الجمهور صحة هذا التفريق ويشترطون النية فى المضيق والموسع على السواء.

٢- الواجب المقدر وغير المقدر:

وينقسم الواجب باعتبار تقديره إلى قسمين:

- أولهما ـ الواجب المقدر كالواجب فى زكاة المال، والزروع، والثمار، فإنها مقدرة بربع العشر (٢,٥٪) ونصف العشر (٥٪) والعشر. وكذلك الديات فإنها مقدرة بمائة من الإبل أو بألف من الدنانير (ما يعادل قيمة حوالى أربعة كيلو جرامات وربع من الذهب). ومن الواجب المقدر العقوبات الحدية التى ثبت التقدير فيها بنص من كتاب أو سنة.
- والثانى ـ الواجبات غير المقدرة، وهى التى لم يحدد الشارع مقدارها على نحو مباشر، وإن أشار إلى المعايير التى يلزم استخدامها عند التحديد والتقدير. من ذلك نفقة الزوجة فإنها واجبة دون تقدير معين مع الإشارة إلى مراعاة حال الزوج المالية (أو حالهما معاً) عند تقدير هذا الواجب. والأمر فى العقوبات التعزيرية كذلك، فإنها واجبات غير مقدرة، ويترك تقديرها للقاضى الذى يلزمه مراعاة معايير ردع الجانى والنزول عن العقوبة الحدية والتناسب بين الجريمة والعقوبة.

٣- الواجب المعين والمخير:

ينقسم الواجب باعتبار تعيينه وعدم تعيينه إلى قسمين:

- أولهما ـ الواجب المعين الذى لا تخيير فيه كالصلاة والزكاة فإن التكليف فيهما بأداء واجب معين لا تخيير فيه.
- والثانى : الواجب المخير الذى يتعلق فيه الخطاب بأمر غير معين من بين عدد من الأمور المحصورة وذلك كواجب التكفير على الحانث فى يمينه، وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو

كسوتهم أو تحرير رقبة﴾. فإن الواجب فى هذه الآية مخير بين إطعام المساكين العشرة أو كسوتهم أو تحرير رقبة، ويسعه أن يؤدى الواجب عنه بفعل أى شئ من ذلك، ويعد تاركاً الواجب إذا ترك كل ذلك.

٤ ـ الواجب العينى والكفائى:

وينقسم الواجب كذلك باعتبار المخاطب به إلى قسمين:

- **أولهما ـ الواجب العينى الذى يتوجه التكليف فيه إلى كل مكلف، بحيث لا يكفى فيه قيام البعض به دون البعض الآخر**، ومثله وجوب الوفاء بالعقود على كل من دخل فى عقد من العقود اللازمة، وكذلك الصلاة والصوم والحج فإنها واجبات يخاطب بها كل من استجمع شروط التكليف.
- أما الثانى، فهو الواجب الكفائى الذى يتوجه التكليف فيه إلى مجموع المكلفين بقصد تحصيل الفعل دون نظر للفاعل، وذلك كبناء المستشفيات ومعاهد العلم والحفاظ على صحة الناس ومستوى معيشة لائقة تتوافر فيها الضرورات الأساسية. ويعرف الأصوليون فرض الكفاية بأنه ما يتجه فيه الخطاب إلى جميع المكلفين، لكن إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين. غير أن الشاطبى يذكر أن التكليف فى كل فرض من فروض الكفاية راجع إلى المستطيع له والقادر عليه، والطلب لأداء الفرض الكفائى وارد بعبارته على «من فيه أهلية القيام بذلك الفعل المطلوب لا على الجميع عموماً».

ويستدل لتوجيه الخطاب فى الفروض الكفائية إلى من فيه أهلية القيام بها ـ لا إلى جميع المكلفين بالأدلة التالية :

١ـ توجه الخطاب الشرعى فى التكليف بعدد من فروض الكفايات إلى بعض المكلفين، من ذلك حث طائفة على الخروج لتعلم الفقه وعلوم الدين فى قوله تعالى: ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾. ومنه كذلك إيجاب الأمر بالمعروف

والنهى عن المنكر على البعض، وذلك فى قوله : ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾. وإذ يتوجه الخطاب إلى الطائفة القادرة على أداء الفعل المكلف به فى التفقه فى الدين والأمر بالمعروف فإن الخطاب فى الفروض الكفائية الأخرى ينصرف إلى بعض المكلفين لا إلى جميعهم.

٢ـ توجيه الرسول ﷺ بعض أصحابه إلى القيام ببعض فروض الكفايات وصرفهم عن بعضها الآخر، تبعاً لكفاءاتهم الخاصة. من ذلك قوله لأبى ذر: «يا أبا ذر إنى أراك ضعيفاً، وإنى أحب لك ما أحب لنفسى، لا تأمرن على اثنين ولا تولِّين مال اليتيم»، وهما من فروض الكفايات، وقد نهاه عنهما.

٣ـ القواعد الشرعية القطعية الدالة على توجه الخطاب فى كثير من فروض الكفايات إلى من يحسن أداءها ويستطيع القيام بها على وجهها، من ذلك الإمامة وسائر الولايات الأخرى، فإنه لا يكلف بها كل أحد، وإنما يكلف بها من كان أهلاً للقيام بها والغناء فيها، وكذلك الجهاد فإنه لا تكليف به لغير القادر عليه وإلا كان ذلك من قبيل التكليف بما «لا يطاق بالنسبة إلى المكلف» ومن باب العبث بالنسبة إلى المصلحة المجتلبة أو المفسدة المستدفعة وكلاهما باطل شرعاً».

وينحصر الفارق بين الواجبين ـ العينى والكفائى ـ فى أن القصد بالأول إلى تحقيق الواجبات الفردية، على حين أن القصد بالثانى إلى تنظيم الواجبات الاجتماعية وتقسيم هذه الواجبات وفق الميول والاتجاهات والقدرات بما يحقق المصالح العامة، ويلفت الشاطبى النظر إلى اختلاف الغرائز والأهليات والقدرات فى الناس، ووجوب توزيع الأعمال فى المسلمين على هذه القاعدة.

ثانياً - المندوب

تعريفه:

الندب هو: الدعاء والطلب. والمندوب هو المطلوب والمدعو إليه، وهو في الاصطلاح الأصولي ما طلب الشارع فعله من غير إلزام به، بحيث إذا لم يفعله لم تترتب العقوبة على عدم فعله. من ذلك قوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾، فإن الأمر بالكتابة ليس للوجوب بل للندب، وهو الحال كذلك في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾، فإن الإشهاد في البيع للندب لا للوجوب. ومنه كذلك الأمر بمكاتبة الرقيق وتحريره مقابل مال يتفق عليه في قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾، فإن الأمر هنا للندب كذلك، وإنما تعرف إفادة الأمر الندبَ بمعونة السياق وفهم مقصود الشارع منه.

أنواع المندوب :

ينقسم المندوب إليه إلى قسمين:

- أولهما المؤكد، ويسمى سنة مؤكدة أو راتبة أو سنة هدى، كالأذان، والإقامة، وصلاة العيدين، وركعتي السنة القبلية للفجر والبعدية للظهر والمغرب والعشاء.
- والثاني المندوب إليه على غير التأكيد، ويسمى سنة غير مؤكدة ونافلة ومستحباً، وهو ما لم يواظب النبي ﷺ على فعله، بل فعله مرات وتركه أخرى.

منزلة المندوب من الواجب:

يعتبر المندوب إليه «خادماً للواجب، لأنه إما مقدمة له أو تذكار به»[1].

---

(1) الموافقات للشاطبي، ١٥١/١.

طبقاً لما يذكره الشاطبي. ذلك أن أداء المندوبات يعّود المكلف على الالتزام بأداء الواجبات، فالنوافل في الصلاة تساعد على أداء الفرائض تامة مكتملة، والتزام القاضي بالمساواة بين الخصوم في المعاملة مقدمة لعدله بينهم في الحكم، والشهادة في البيوع مندوب إليها لتيسير واجب الوفاء بالعقد عن طريق الرجوع للقاضي عند التنازع.

ثالثاً - المحرم

تعريفه:

يعرف المحرم بأنه هو ما طلب الشارع الكف عنه على سبيل الحتم واللزوم. وحكمه الثواب على الطاعة بترك الفعل واستحقاق العقوبة في الدنيا أو الآخرة.

ومن أمثلة المحرم: الزواج بالمحارم الوارد في آيات عديدة في القرآن، من بينها قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم﴾، ومن أمثلة المحرم التي نص عليها القرآن الكريم بلفظ التحريم النهي عن أكل الميتة ولحم الخنزير، ولا يستفاد التحريم فحسب من وصف القرآن الفعل أو السلوك بلفظ التحريم، وإنما يستفاد كذلك من النهي عنه كما في قوله تعالى: ﴿ولاتقتلوا أولادكم﴾، وفي قوله: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلاّ بالحق﴾.

أقسام المحرم:

ينقسم المحرم قسمين:

- أولهما المحرم لذاته، وهو المحرم لمعنى فيه لا يريده الشارع كالقتل والسرقة والزنا، فإنها جميعها محرمة لما فيها من مفاسد لا يرضاها الشارع.
- أما الثاني فهو المحرم لغيره وهو الذي لم يحرمه الشارع لمعنى فيه في ذاته، وإنما حرمه لمعنى آخر يرتبط بالفعل، وهو المجاور، أو لما قد يؤدي إليه من مفاسد.

مثاله الخلوة بالأجنبية فإنها محرمة لا لذاتها ، لأنه لا ضرر فيها فى نفسها، وإنما الضرر فيما قد تفضى إليه ، وهو ارتكاب جريمة الزنا. وينطبق ذلك على بيع السلاح للمسلمين زمن الفتنة، فإنه ليس فيه شئ فى حد ذاته، ولكن الظروف المصاحبة تفضى إلى احتمال استخدام السلاح فى قتل الأبرياء فيمتنع هذا البيع. وكذلك الصلاة فى الدار المغصوبة تحرم، لا لمعنى فى ذاتها وإنما لمعنى يجاورها هو أداؤها فى ملك الغير دون إذنه فتحرم، ومنه الخطبة على الخطبة والبيع وقت النداء لصلاة الجمعة والبيع على البيع ، فإن هذا كله يحرم لا لمعنى فى ذاته، وإنما لمعنى يجاوره ويتعلق به.

ويترتب على التفريق بين الحرام لذاته والحرام لغيره أمران: أولهما بطلان التعامل فى المحرم لذاته إذا كان محلاً لعقد أو تصرف على حين أن التعامل فى المحرم لغيره قد يكون صحيحاً أو فاسداً، ولذا فإن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ينعقد صحيحاً تترتب عليه جميع آثاره على الرغم من حرمته لأنه محرم لغيره، أما الزواج بامرأة الغير فلا ينعقد ويبطل لحرمته فى ذاته. كذلك فإن الخطبة على الخطبة محرمة لكن لو عقد الزواج بعد الخطبة المحرمة لا يبطل الزواج ويصح، لأن التحريم لمعنى فى غيره، هو ما يؤدى إليه ذلك من التخاصم والتنافر والتباغض.

والثانى أن المحرم لذاته لا يباح إلا عن الضرورة بخلاف المحرم لغيره فإنه تكفى فى إباحته الحاجة، لذلك فإن أكل الميتة وشرب الخمر لا يباح الا عند الاضطرار إليه وخوف فوات النفس، ولكن يجوز كشف العورة لمجرد الحاجة إلى التداوى، لأن كشف العورة محرم لغيره.

رابعاً ـ المكروه

تعريفه:

تقدم أن المكروه هو ما طلب الشارع الكف عنه وعدم فعله طلباً غير جازم، وهذا هو المكروه تنزيهاً في اصطلاح الأحناف، ومن أحكامه:

١ـ ترتب الثواب على اجتناب الفعل دون العقاب على المخالفة.

٢ـ على الرغم من عدم ترتب العقاب على فعل المكروه في أحوال معينة فردية فإنه قد ترد العقوبة على فاعله إذا تكرر منه وداوم عليه. وهذا هو الذى يوضحه الشاطبي بناء على قاعدته في التفريق بين حكم الفعل في أحواله الخاصة الفردية الجزئية وبين أحواله العامة الكلية، فعنده أن المكروه بالجزء قد يصير حراماً بالكل. ويوضح ذلك بالتمثيل بكراهية لعب النرد والشطرنج بغير مقامرة، ولكن مثل هذين الفعلين ينقلب حكمهما إلى الحرمة إذا داوم المكلف عليهما. وينقل عن محمد بن عبد الحكم في اللعب بالنرد والشطرنج استدلالاً على قاعدة التفريق بين حكم المكروه من حيث الكلية والجزئية أن المكلف إن كان يكثر من مثل هذا اللعب «حتى يشغله عن الجماعة لم تقبل شهادته»، وذلك لتعلقه بفعل المكروه ومداومته عليه.

خامساً ـ المباح

تعريفه:

المباح هو ما خير الشارع المكلف فيه بين فعله وتركه، ومن أحكامه أن المكلف لا يلام ولا يعاقب على فعله أو تركه.

وتثبت الإباحة للفعل بأمور عديدة، من بينها:

١ـ نص الشارع على الإباحة مثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثني وثلاث ورباع﴾ ، وقوله فى مشروعية الخلع وافتداء الزوجة نفسها بمال تدفعه لزوجها ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، ومعنى لا جناح رفع الإثم والمؤاخذة. ومنه كذلك النص على إباحة التعريض بالخطبة للمعتدة من وفاة بقوله: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم﴾ والإكنان فى النفس هو الستر والإخفاء.

٢ـ دلالة القرينة على إباحة الفعل، من ذلك صرف الأمر الوارد فى قوله تعالى: ﴿ فالآن باشروهن وابتغوا من فضل الله وكلوا واشربوا﴾ فهذه الأوامر التى تفيد حل المعاشرة الزوجية والابتغاء من فضل الله والأكل والشرب فى ليل رمضان قد صرفت عن دلالتها على الوجوب إلى الإباحة بدلالة القرائن المفيدة لإباحة هذه الأفعال فى غير رمضان.

٣ـ الإباحة الأصلية، لأن الأصل فى الأشياء الإباحة، فيما أخذ به جمهور كبير من الفقهاء، شريطة ألا يوجد فى النصوص الشرعية ما يغير هذه الإباحة، وتحمل معاملات كثيرة حادثة على الحل لعدم وجود المغير لهذا الحكم. من ذلك إباحة التأمين التبادلى Mutual Insurance والتعامل مع البنوك بغير الربا، وإنشاء الشركات المساهمة، وافتراض وجود شخصية معنوية لها. ويستند إلى الإباحة الأصلية جواز اقتران العقود بالشروط التى لا تناقض مقتضاها ولا تخالف نصاً شرعياً، كاشتراط الزوجة تفويض طلاق نفسها إليها، وكاشتراط ألا يتزوج زوجها عليها أو أن تسكن فى مكان معين أو ألا تنتقل من بلدها.

تقسيم الإباحة :

١ـ الإباحة العامة والخاصة :

تنقسم الإباحة بالنظر للمستفيد بها إلى نوعين : عامة وخاصة.

• أما الإباحة العامة فهى التى نشأت بإذن عام لجميع الناس، كاعتبارهم شركاء بنص الشارع فى الماء والكلأ والنار. ومنه تخصيص ولى الأمر مكاناً معيناً لاتخاذه سوقاً يتبادل فيه الناس بضائعهم، أو إنشاء المرافق العامة والطرق وغيرها، بحيث تكون مباحة لكل أحد.

• وأما الإباحة الخاصة فهى التى يتعلق سببها ببعض الناس دون بعضهم الآخر. وقد تثبت هذه الإباحة الخاصة بإذن الشارع. من ذلك إباحته ﷺ لأحد صحابته أن يتزوج امرأة على ما يحفظه من القرآن دون أن ينقدها مهراً. ومن ذلك الإذن للمسافر فى الفطر، وللطبيب بالاطلاع على العورة للعلاج، فهذه إباحة فى حق البعض دون البعض الآخر.

٢ـ الإباحة الأصلية والطارئة:

تنقسم الإباحة من جهة أخرى باعتبار السبب فيها إلى نوعين:

• أولهما : الإباحة الأصلية التى تثبت للفعل فى ذاته ولا تفتقر إلى ورود سبب خاص للحكم بها.

• والثانى الإباحة الطارئة [١]، وهى التى تثبت للفعل بنقل حكمه إليها بعد أن كان محرمًا أو مكروهًا أو واجبًا أو مندوباً إليه لورود سبب طارئ يوجب هذا النقل.

وأسباب الإباحة الطارئة للأفعال عديدة متنوعة ، من بينها:

---

(١) راجع نظرية الإباحة عند الأصوليين للمرحوم محمد سلام مدكور، ص ٣٧١.

● الأول ـ الرخصة واستعمال الحق، والرخصة فى اللغة السهولة واليسر، وفى الاصطلاح اسم لما أباحه الشارع على وجه التخفيف ورفع الحرج، سواء للضرورة كما فى إباحة أكل الميتة وجواز التلفظ بالكفر عند خوف فوات النفس، أم كان ذلك للحاجة العامة التى تنزل منزلة الضرورة، كما فى تضمين الصناع، وإباحة التأمين التجارى (شريطة عدم التعامل بالربا) عند البعض ، أم كان ذلك لدفع المشقة كما فى إباحة الفطر للمسافر فى رمضان.

وتفيد الرخصة نشوء الحق فى الفعل بعد أن كان محرماً ، ومن الأسباب المنشئة للحق فى الفقه الإسلامى ما يلى:

١ـ دفع الصائل أو حق الدفاع الشرعى الخاص بشروطه، وهى قيام حالة الاعتداء، وأن يكون العدوان وألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر، وأن يكون رد العدوان بالقوة اللازمة دون تجاوز حق الدفاع الشرعى. ولا يشترط لنشوء هذا الحق أن يكون العدوان على النفس بل يشمل العدوان على المال وعلى العرض كذلك، ولا فرق بين أن يكون العدوان على المدافع أو على غيره متى توافرت الشروط السابقة.

٢ـ الدفاع الشرعى العام، وهو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بشروطه ، وهى وجود المنكر المقطوع بكونه منكراً مجمعاً على إنكاره، وظهوره دون تجسس ودفعه بأيسر ما يندفع به من التعريف والوعظ والنصح والتغيير المباشر بالقوة اللازمة، وألا يؤدى اختيار أسلوب دفع المنكر إلى منكر آخر أقوى منه وأخطر على المصالح العامة.

٣ـ التأديب للزوجة والأولاد بشروطه دون أن يصل ذلك إلى حد الإهانة أو الإضرار، لأن هذا الحق مقيد بالإصلاح فيمتنع استعماله إذا لم يصل لغايته.

٤ـ ممارسة الألعاب النافعة كالفروسية.

٥ـ التطبيب بشروطه وهى إذن ولى الأمر فى مزاولة المهنة وإذن المريض والتدخل وفق قواعد المهنة.

وفى هذه الأحوال كلها تنشأ الرخصة والحق فى ممارسة الفعل بعد أن كان محظوراً، ولذا لا يضمن الدافع للصائل الذى استخدم حقه فى الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله دون مجاوزة حتى ولو ترتب على ذلك قتل الصائل أو إصابته.

● والثانى ـ طروء الإباحة للمصلحة العامة أو للعرف، من ذلك أن النهى قد ورد عن النبى ﷺ فى التسعير، وقال «لا تسعروا»، غير أنه إذا تلاعب التجار بأقوات الناس جاز لولى الأمر التدخل بتسعير السلع الأساسية للمصلحة العامة. ويباح تدخل ولى الأمر بنزع الملكية الخاصة وتقييد التصرف فيها للمصلحة العامة كاتخاذ شارع أو توسيع طريق، وكالمنع من ارتفاع المبانى فوق مستوى معين، وكالمنع من البناء فى الأرض الزراعية. وهذا كله من أمثلة إباحة تقييد الحق فى التصرف. أما طروء الإباحة للعرف فمن ذلك إباحة استئجار الأجير ببعض ما يعمل فيه لعرف الناس مع نهى النبى ﷺ عن قفيز الطحان فيما أخرجه الدارقطنى. ومنه فيما يلاحظه المرحوم محمد سلام مدكور تعامل الزراع فى القرى بإعطاء بعض القمح لدرسه أو ناقله من الحقل.

والثالث ـ طروء الإباحة على الفعل بعد تحريمه بورود نص يفيد تغيير الحكم السابق ونسخه. من ذلك قوله ﷺ : «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى من أجل الدافة (المجاعة) فكلوا وادخروا». وبهذا فقد تغير حكم ادخار لحوم الأضاحى من الحرمة إلى الإباحة بعد أن بين النص ارتفاع النهى عن التحريم ونسخه.

أحكام المباح :

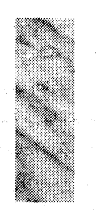
يترتب على ثبوت الإباحة للفعل عدد من الأحكام، من بينها:

١ـ لا يجوز فرض العقوبة على فاعله؛ فإذا ثبت أن الزواج بأكثر من واحدة مباح للقادر عليه لم يجز لولى الأمر فرض عقوبة على من تزوج بأكثر من واحدة، لأن ذلك يؤدى إلى تغيير حكم المباح دونما سبب يوجب هذا التغيير. وقد فرض القانون الباكستانى الصادر عام ١٩٦١ عقوبة السجن أو الغرامة أو كليهما على من يتزوج بأكثر من واحدة على خلاف الإجراءات التى حددها هذا المرسوم، مما يعد مخالفة لحكم المباح.

٢ـ لا تترتب المسئولية التقصيرية أو الضمان على فعل المباح ما لم يقترن فعل المباح بمجاورة لمألوف الناس وعاداتهم أو يصاحبه الإهمال أو قصد الإضرار، فالسائر فى الطريق العام لا يضمن ما يتولد عن سيره من ضرر. ولو كان الطريق ترابياً وقاد سيارته فيه فأثار ذلك الغبار والتراب على نحو أضر بزرع الغير لم يجب به الضمان.

٣ـ المباح ليس مطلوب الفعل ولا مطلوب الترك، وإنما المقصود به هو تخيير المكلف بين فعله وتركه. وقد أخطأ الكعبى فى ذهابه إلى أن المباح واجب الفعل على سبيل التخيير، وكأنه يصير بهذا إلى التسوية بين المباح والواجب المخير، مما يؤدى إلى رفع المباح وعدم اعتباره أحد الأحكام التكليفية، وقد عنى الأصوليون بنقد مذهبه والرد عليه دون استثناء.

وذهب عدد من الفقهاء بالمخالفة لرأى الكعبى إلى أن المباح مطلوب الترك خوفاً من الوقوع فى حب الدنيا والتمتع بلذاتها، وخوفاً من الإفراط فى المباحات شاء بها عن أداء الواجبات. ويترتب على هذا الرأى ما ترتب على رأى الكعبى من رفع المباح من بين الأحكام التكليفية. وكذلك فإن المقدمات التى بنوا عليها رأيهم لا تفضى إليها، فإن الانشغال عن الواجبات بالمباحات لا يذم من جهة الانشغال بالمباح وإنما من جهة عدم أداء الواجبات. ويحتاج الفرد والمجتمع إلى إقامة التوازن بين واجباته وأحواله المختلفة.



المبحث الثاني

أقسام الحكم الوضعي

تقديم :

تقدم أن الحكم الوضعى هو تحديد العلاقة بحكم الشارع بين أمرين فى إطار المعايير الثلاثة المشهورة (السبب، الشرط، المانع). وإنما تتعلق الأحكام الوضعية بالأفعال الإنسانية كما تقدم، لأن الأحكام الشرعية مقصودها تحديد الخطاب الشرعى للمكلفين، ولا تعلق لذلك بأفعال الحيوانات أو الجمادات.

ويدرج بعض الأصوليين الأحكام الوضعية فى الأحكام التكليفية ويرون أن الحكم الشرعى هو الحكم التكليفى الذى يفيد اقتضاء الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وليس الحكم الوضعى إلا داخلاً فى الحكم التكليفى. فقولنا إن غرب الشمس سبب لوجوب الصلاة يفيد أن الوجوب قد حدث عند الغروب، ولولا هذا الوجوب لم يفد السبب شيئاً، ولا يهتم الفقيه بتحديد الشرط والمانع إلا لمعرفة الحكم التكليفى، وإلا كان حديثه عن الشرط والسبب والمانع حديثاً نظرياً. أما الذى يتعلق بالجوانب العملية واقتضاء الفعل أو الترك أو التخيير بينهما فهو الحكم التكليفى، ولذا ينكر هؤلاء الحكم الوضعى.

ولا يفيد هذا الإنكار للحكم الوضعى شيئاً، فإن الفقهاء يتحدثون عن السبب والشرط والمانع، سواء اعتبرناها حكماً وضعياً فى مقابل الحكم التكليفى، أم فى داخله، لأن مهمة الأصولى تجريد الفروع والجزئيات وتناولها فى قواعد عامة، ولذا استقر الأصوليون على تناول الأحكام الوضعية فى بيانهم للأحكام الشرعية، مع الاكتفاء بتناول الأوضاع الشرعية المشهورة الثلاثة، وهى : السبب، والشرط، والمانع، دون استقصائها والنظر فى غيرها من الأوضاع كالصحة، والبطلان، والفساد، والقبول، والاستحقاق، والأهلية، وغير ذلك مما تثبت به العلاقات والحقوق والواجبات، نظراً لصعوبة هذا الاستقصاء ودخوله فى القواعد الفقهية أكثر من التحاقه بالنظر الأصولى.

وفيما يلى نتناول معايير السبب والشرط والمانع والصحة والبطلان.

أولاً - السبب

تعريفه :

السبب لغة هو ما يتوصل به إلى الشئ ، ويطلق على الطريق كما فى قوله تعالى: ﴿فأتبع سببًا﴾ إذ يتوصل به إلى المكان المقصود الوصول إليه، ويعرفه الأصوليون بأنه : «وصف ظاهر منضبط جعله الشارع علامة على الحكم بحيث يوجد بوجوده وينتفى بانتفائه. من ذلك : غروب الشمس فإنه وصف ظاهر لكل أحد منضبط، وقد جعله الشارع علامة على وجوب صلاة المغرب، بحيث يوجد الحكم التكليفى «الوجوب» بوجود هذا الوصف «الغروب» وينتفى بانتفائه. وكذلك فإن ملك النصاب فى النقود المقدر بما يساوى قيمة ٨٥ جراماً من الذهب وصف منضبط يستطيع أن يعرفه المزكى وولى الأمر على نحو لا يثير نزاعاً. ولذا جعله الشارع علامة على الحكم التكليفى، وهو وجوب الزكاة، بحيث يوجد الحكم بوجوده وينتفى بانتفائه.

تقسيم السبب من حيث المناسبة للحكم:

ينقسم السبب من حيث مناسبته للحكم المترتب عليه إلى نوعين:

● أحدهما ـ السبب المناسب للحكم، وهو الذى يدرك العقل وجه ترتب الحكم الشرعى عليه، من ذلك القتل العمد، العدوان الذى جعله الشارع سبباً للحكم بالقصاص، والإسكار فى كونه سببًا للحكم بالعقوبة الحدية. وإنما كان السبب مناسباً للحمم لوجود مصلحة مقصودة بالحفظ يدرك العقل وجه الربط بينها وبين كل من الحكم والسبب. فالقتل العمد العدوان يؤدى إلى اضطراب الحياة الاجتماعية ويناسبه العقاب عليه بشرع القصاص. وكذلك الإسكار يفوت مصلحة ضرورية هى حفظ العقل فناسب العقاب عليه.

● أما النوع الثانى، فهو السبب غير المناسب للحكم، وهو الذى لا يظهر للعقل وجه المصلحة فى الربط بينهما وترتيب الحكم على السبب، من ذلك الزوال فى جوب صلاة الظهر والغروب فى وجوب صلاة المغرب وظهور الهلال فى وجوب صوم رمضان، فهذه كلها أسباب لا يدرك العقل علاقة أو مصلحة فى ارتباط الأحكام بها.

ويستفاد من هذه الأمثلة أن النوع الثانى من الأسباب التى لا يظهر وجه الربط بينها وبين الأحكام إنما يوجد فى العبادات فى بعض الأحايين بخلاف المعاملات والعقوبات فيغلب فى أسبابها المناسبة للحكم، حتي يستعصى على الذهن تذكر مثال لسبب لا مناسبة بينه وبين حكمه المترتب عليه فى غير مجال العبادات .

السبب والعلة:

يشمل السبب الوصف المناسب للحكم والوصف الغير المناسب للحكم كما تقدم، على حين تنحصر العلة فى الوصف المناسب لترتيب الحكم عليه، وبهذا فالعلة أخص من السبب، وسيرد توضيح العلاقة بينهما فى مبحث القياس.

تقسيم السبب بالنظر إلى استطاعة المكلف وقدرته:

ينقسم السبب بهذا الاعتبار إلى قسمين:

● أولهما السبب المقدور عليه، والذى يستطيع المكلف اتيانه كالقتل العمد الموجب للقصاص والسرقة والزنا والقذف به، فهذه أسباب لعقوبات معينة، وهى مما يدخل فى وسع المكلف وطاقته، ولذا كانت محلاً للتكليف بترك هذه الأفعال وتحريمها، وكذلك فإن الزواج سبب لحل الاستمتاع وإثبات التوارث بين الزوجين ووجوب النفقة للزوجة والطاعة للزوج، وهذا السبب مقدور للمكلف فيدخل فيه التلكيف كذلك.

● أما النوع الثانى فهو السبب غير المقدور للمكلف كالموت فإنه سبب للتوارث، وكغروب الشمس فإنه سبب لوجوب صلاة المغرب، وكالقرابة بالنسبة لثبوت الإرث، فهذه كلها أسباب لا تدخل فى وسع المكلف ولا قدرة له على تحصيلها أو تجنبها، وتترتب عليها الأحكام التكليفية. وهكذا فإن السبب فى النوع الأول فعل إنسانى على حين أنه فى الثانى واقعة قانونية رتب عليها الشارع أثراً أو حكماً.

ويترتب على هذا التقسيم أن ترتيب الحكم على السبب لا يشترط فيه قصد المكلف إليه، إذ يوجد الحكم بوجود سببه ولو لم يقصد المكلف ذلك، فإهمال قائد السيارة إذا أضر بغيره سبب للضمان، وإتلاف الصبى والمجنون مال غير موجب للضمان والتعويض، ولو لم يكن غرضهما هو الإتلاف.

تقسيم السبب بحسب الحكم المترتب عليه:

ينقسم السبب بهذا الاعتبار إلى قسمين:

● أولهما ـ أن يكون سبباً لحكم تكليفى وهو وجوب صلاة المغرب ووجوب صوم رمضان. ومنه كذلك ملك النصاب النامى الذى يترتب عليه التكليف بوجوب الزكاة، وكذلك جعل المرض سبباً لإباحة الفطر.

● والثانى ـ أن يكون سبباً لحكم وضعى، وذلك كالبيع فإنه سبب لإثبات ملك المشترى فى المبيع، وزوال ملك البائع عنه، وإثبات ملك البائع فى الثمن، وزوال ملك المشترى عن الثمن، وكذلك جعل الزواج سببًا لإثبات نسب الولد الذى تأتى به الزوجة بعد مضى أدنى فترة الحمل من تاريخ العقد، وهى ستة أشهر، وليس إثبات النسب ولا إثبات الملك من الأحكام التكليفية بل هو وضع من الأوضاع الشرعية.

ثانياً ـ الشرط

تعريفه :

الشرط وصف ظاهر منضبط يتوقف على وجوده وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم. من ذلك حولان الحول (مرور العام) على ملك النصاب فإنه شرط للحكم بوجوب الزكاة. فإن هذا الشرط وصف منضبط يدرك بحساب الأيام، ولا يثبت الحكم بوجوب الزكاة إلا إذا تحقق هذا الشرط ويلزم من عدم وجوده عدم وجود الحكم. ويشترط حضور الشاهدين فى الزواج لصحته، فإن لم يحضر الشاهدان العقد لم يصح.

وهكذا فإن وجود الحكم مرهون بوجود الشرط حتى لزم من عدمه انعدام الحكم. ولا يثبت الحكم بوجوب القصاص فى القتل إلا إذا توافر فيه شرطان: أولهما كون القتل على سبيل العمد، والثانى أن يكون على سبيل العدوان. فإذا لم يكن على سبيل العمد بأن كان القتل خطأً انتفى الحكم بالقصاص، وكذا إذا لم يكن عدواناً بل كان غير عدوان، كما لو كان القتل قياماً بواجب فى تنفيذ الحكم بالقصاص أو استعمالاً لحق الدفاع الشرعى عن النفس، فإن الحكم بالقصاص لا يثبت وينتفى لانتفاء الشرط.

الفرق بين الشرط والركن:

يشترك الركن والشرط فى أن كلا منهما يتوقف وجود الحكم عليه، غير أنهما يختلفان فى أن الركن جزء من حقيقة الشئ وماهيته بخلاف الشرط الذى هو خارج عن الماهية ، وليس جزءاً من الشئ نفسه، فالركوع ركن الصلاة لأنه جزؤها، ولا يتصور وجودها بدونه، لأنها مؤلفة منه ومن الركوع والسجود والقيام والقعود. أما قراءة الفاتحة أو شئ من القرآن فى الصلاة فلا يدخل فى حقيقتها وليس جزءاً منها، وإنما هى شرط فى صحتها.

وكذلك الإيجاب والقبول ركنا العقد، لأنهما جزء من حقيقة العقد. لكن القدرة على تسليم المبيع فى عقد البيع شرط لصحته، فيبطل العقد إذا باع ما لا قدرة للبائع على تسليمه، كما لو باع شيئاً مسروقاً ولا يعرف سارقه أو إذا كان يعرف السارق وليس لديه وسيلة لإثبات ملكيته للمسروق، فالقدرة على التسليم شرط، على حين أن كلاً من الإيجاب والقبول ركن.

تقسيم الشرط بحسب مصدر اشتراطه:

ينقسم الشرط بهذا الاعتبار إلى قسمين، أولهما الشرط الذى اشترطه الشارع ودلت عليه نصوصه، وهذا هو الشرط الشرعى، ومن ذلك اشتراط حضور الشاهدين لصحة الزواج، فإن هذا من اشتراط الشرع، فلا يملك المتعاقدان إسقاطه. وكذلك اشتراط ألا تكون الزوجة محرمة على زوجها عند التعاقد، فإنه من اشتراط الشرع لصحة عقد الزواج. والثانى الشرط الجعلى الذى ينشأ حكمه بفعل المكلف والتزامه به، من ذلك أن اتفاق الزوجين على تأجيل جزء من المهر إلى حين الوفاة أو التفريق هو اشتراط ناشئ من جهة المتعاقدين، ومصدر الإلزام بهذا الشرط هو اتفاق المتعاقدين عليه، واشتراط تقديم المشترى كفيلاً بالثمن أو رهناً به من قبيل الشروط الجعلية.

تقسيم الشرط بحسب ما يكمله :

ينقسم الشرط بهذا الاعتبار إلى قسمين:

● أولهما ـ الشرط المكمل للسبب والمتعلق به، وهو الذى يؤكد معنى السبب ويقوى أثره، كاشتراط العمدية لإيجاب القصاص، فإن هذا الشرط يتعلق بالسبب ويؤكد ترتب أثره عليه ، وهو وجوب القصاص ، ذلك أن السبب فى القصاص هو القتل، واشتراط العمدية فيه يؤكد الحكمة التى اقتضت جعله سبباً فى القصاص، وهى تهديد القاتل للحياة الإنسانية ويؤكد هذا التهديد أن يصدر منه القتل بوجه العمد. كذلك فإن ملك النصاب سبب لوجوب الزكاة، لإفادته الغنى، ويؤكد هذا المعنى مرور العام على ملك النصاب، فهذا شرط مكمل للسبب أيضاً.

● والثانى ـ الشرط المكمل للحكم، وهو الذى يتعلق به ويؤكد معناه، من ذلك اشتراط الكفاءة فى الزواج، لأن حكمه حل العشرة والتعاون بين الزوجين، ويؤكد هذا الشرط النتائج المتوقعة من الزواج وأحكامه، وكذلك فإن اشتراط القدرة على تسليم المبيع مما يؤكد حكمه المترتب عليه، وهو انتقال ملك المبيع من المشترى إلى البائع.

ثالثاً ـ المانـع

تعريفه :

وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم. من ذلك قتل الوارث مورثه فإنه مانع من الميراث رغم قيام سببه ، وهو القرابة أو الزوجية، ومنه أيضاً اختلاف الدين بين الوارث والمورث، فلا يرث الزوج المسلم زوجته غير المسلمة لوجود المانع وهو اختلاف الدين بينهما، ولا يمثل اختلاف الدين بين الموصى والموصى له مانعاً من استحقاق الوصية، وكذا لو

جرح شخص شخصاً، وكان هناك احتمال وفاة المجنى عليه بهذه الجناية فجاء شخص آخر وقتله انقطع عمل الجانى بالجرح وعوقب فى حدود فعله، وكان الشخص الآخر هو المسئول عن القتل. ويمثل امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته مانعاً من وجوب طاعتها له ومطالبتها بالدخول فى هذه الطاعة. وتنقسم الموانع فى الزواج إلى موانع مؤبدة وموانع مؤقتة حسبما هو معروف فى دراسة عقد الزواج، وكذلك الجنون فإنه مانع من التكليف.

حكمه :

تتعلق بالمانع أحكام عديدة من بينها:

١ـ تحصيل الموانع أو دفعها ليسا من مقصود الشارع فلا تكليف بهذا التحصيل أو الدفع إلا إذا اندرج تحت خطاب التكليف، فالدين مانع من الزكاة، وهو بكونه مانعاً حكم وضعى لا تكليف فيه.

٢ـ قد يدخل المانع تحت خطاب التكليف، فقتل الوارث مورثه مانع من الميراث، وهو داخل فى الخطاب التكليفى، وحكمه الحرمة. والدين مانع من وجوب الزكاة فى مقداره، لأنه على ملك المدين، غير أن الاستدانة للتهرب من وجوب الزكاة مما يدخل تحت خطاب التكليف، وحكمه الحرمة منعاً من أكل حقوق الفقراء.

رابعاً ـ الصحة والبطلان

التعريف :

الصحة هى ترتيب الآثار المقصودة من الفعل الإنسانى فى الدنيا أو فى الآخرة أو فيهما معاً لوقوعه مستوفياً أركانه وشروطه. والبطلان معناه هو الحكم بعدم ترتيب الآثار المقصودة من الفعل لعدم استيفاء أركانه وشروطه، فالعقد

صحيح بمعنى ترتيب الآثار المقصودة منه، والزواج باطل بمعنى أنه لا تترتب عليه الآثار المقصودة منه، كحل العشرة والتوارث بين الزوجين ووجوب النفقة والطاعة.

وقد اختلف الأصوليون فى اعتبار الصحة والبطلان من الأحكام الوضعية أو التكليفية ، فذهب بعضهم إلى اعتبارهما من قبيل الأحكام التكليفية، لأن الصحة تفيد الإباحة والبطلان يقتضى التحريم، فعقد الزواج الباطل يفيد الحرمة، والصحيح يفيد الإباحة. والبيع الصحيح يفيد وجوب قيام المشترى بنقل المبيع إلى البائع، ووجوب دفع الثمن، وهذه أحكام تكليفية. غير أن عدداً من الأصوليين قد اتجه إلى اعتبار الحكم بالصحة والبطلان من قبيل الأحكام الوضعية، لأن الحكم بأى منهما ليس فيه طلب اقتضاء الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وإنما هو إثبات وضع تترتب عليه أحكام شرعية بعضها تكليفى، مثلما هو الحال فى السبب والشرط والمانع.

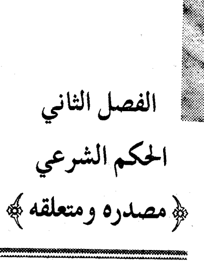
والأرجح اعتبار الصحة والبطلان من الأحكام الوضعية.

منزلة الفساد:

يرى جمهور الأصوليين أن العمل عبادة أو معاملة إما أن يكون صحيحاً منتجاً لآثاره أو باطلاً لا تترتب عليه آثاره المقصودة منه. أما الأحناف فيرون وجود منزلة وسطى بين الصحة والبطلان هى منزلة الفساد، وذلك فى المعاملات والعادات. أما فى العبادات وما يلحق بها كالزواج فلا توجد هذه المنزلة، لأن العبادة إما أن تكون صحيحة أو باطلة، والزواج كذلك إما أن يكون صحيحاً أو باطلاً.

وطبقًا لهذا التفريق بين الفساد والبطلان فى المعاملات فإن الباطل عند الأحناف هو ما لم تترتب عليه آثاره المقصودة منه لحصول الخلل فى أصله ووصفه. أما الفاسد فهو ما اعتراه الخلل فى وصفه، ولا تترتب عليه الآثار

المقصودة منه. ويفترق الفاسد عن الباطل فى إمكان زوال الخلل المتعلق صف الفعل، وعندئذ يؤول الفعل إلى الصحة وتترتب عليه آثاره المقصودة منه. إن بيع الخمر باطل لتعلق الخلل بمحل العقد، وهو المبيع، ولا يزول هذا الخلل أبداً. أما بيع الدار بثمن مجهول فبيع فاسد، لا تترتب عليه الآثار القصودة من البيع، لكن إذا تم التعريف بالثمن وتحققت معلوميته فإن هذا البيع يؤول إلى الصحة. كذلك فإن اقتراض مائة بفائدة ٢٠٪ قرض فاسد عند الأحناف، ويعنى الحكم بالفساد أن على المقترض أن يرد مقدار القرض، كما أن الفائدة المتفق عليها لن تكون واجبة، ويؤول هذا القرض إلى الصحة إذا تم إسقاط الشرط المفسد ، وهو الفائدة الربوية، وبهذا فإن العقد الفاسد له وجود معتل بحيث تزول هذه العلة إذا انتهى سببها، أما العقد الباطل فليس له وجود أصلاً لورود القخلل فى طبيعته، ولهذا فإنه لا يتصور استحياؤه إلا بميلاد جديد. ولذا فإن بيعن الخمر، وهو بيع باطل، لا يمكن انقلابه إلى الصحة. أما بيع الكتاب بثمن غير معلوم، كأن يتفقا على الثمن الذى يرضى به فلان فهو بيع فاسد، وله بعض الوجود، وتترتب عليه بعض الآثار، لذا فإنه لو سلمه الكتاب ملكه بالتسليم ويفسد اتفاقهما على الثمن ويكون الواجب هو القيمة.



الفصل الثاني
الحكم الشرعي
﴿مصدره ومتعلقه﴾

مصدر الحكم الشرعى :

إذا كانت الأحكام الشرعية هى خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، فمعناه أن مصدر هذه الأحكام هو الله سبحانه وتعالى، فهو المشرع الذى تستمد منه الأحكام حجيتها، ويستند ذلك إلى دليل الإجماع، وإلى أدلة نقلية وعقلية عديدة من بينها نصوص القرآن الكريم فى الأمر المتكرر بطاعة الله ورسوله، كما فى قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾. ومن بينها قوله تعالى: ﴿إن الحكم إلا لله﴾ ، وقوله : ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾. والدليل على رجوع الخلق والتشريع إلى الله سبحانه وتعالى قوله: ﴿ألا له الخلق والأمر﴾. ومن الأدلة العقلية على أن المشرع هو الله عز وجل أن هذه التشريعات القرآنية أو المتضمنة فى السنة النبوية لا يمكن تبرير وجودها بالربط بينها وبين الظروف الاجتماعية التى سادت فى العالم عند نزولها، ويكفى تدبر نظام الميراث الذى جاء به القرآن الكريم وما فيه من أحكام فى توزيع الثروة على أفراد

الأسرة القريبة والبعيدة وفق الحاجة ليطمئن القلب إلى صعوبة تبرير وجود هذا النظام بما كان سائداً آنذاك من تطور اجتماعى أو تشريعى. وهناك العديد من القواعد التشريعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية التى تشير إلى هذا المصدر العالى لهذه الشريعة وتدل عليه. من ذلك قاعدة شخصية المسئولية فى قوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾، وعموم مسئولية كل إنسان عن فعله ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾، وقاعدة حوالة الدين المقررة بقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع» ، وقاعدة رفع الضرر والتعويض عنه التى جاءت فى الحديث النبوى «لا ضرر ولا ضرار»، وقاعدة النية المقررة بالسنة «إنما الأعمال بالنيات»، وقاعدة إيجاب الوفاء بالعقود الواردة فى قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾، ومشروعية نظام الإفلاس لتنزيل سلطة الدائن من جسم المدين وشخصه إلى أمواله، وتطبيق النبى ﷺ هذا النظام لتحديد هذه السلطة على هذا النحو.ويرجع الدليل على أن المشرع هو الله عز وجل إلى التصديق ببعثة الرسول ﷺ ونزول القرآن الكريم عليه وتأييده بالمعجزة وما فى القرآن الكريم من إعجاز.

بم يعرف حكمه:

لا خلاف بين علماء المسلمين على أن الشارع هو الله سبحانه وتعالى، ولكن كيف يمكن التعرف على حكمه وإظهاره؟ فى الإجابة عن هذا السؤال يميز الأصوليون بين مرحلتين من مراحل الحياة الإنسانية: الأولى مرحلة الجهل بما جاء به الرسل، والثانية مرحلة العلم ببعثة الرسل والأحكام التى نزلت عليهم. وإليك آراؤهم فيما يتعلق بكل من هاتين المرحلتين.

المرحلة الأولى، عدم بلوغ بعثة الرسل: يختلف الأصوليون فى شأن هذه المرحلة اختلافاً واسعاً، ولهم فى ذلك ثلاثة اتجاهات:

- أولها أن العقل يستقل فى هذه المرحلة بإدراك الأحكام، بناء على أن الأفعال توصف فى ذاتها بالحسن أو القبح، وأن العقل يستطيع التمييز بين ما هو

حسن وما هو قبيح منها. فالكذب والقتل والخيانة أمور قبيحة فى ذاتها، والصدق والأمانة والتعاون أمور حسنة فى ذاتها، ويستطيع العقل أن يدرك وجه القبح أو الحسن فى كل منها ولو لم يتأيد فى ذلك بشرع يهديه. وهذا هو مذهب المعتزلة.

● أما الاتجاه الثانى فيمثله الأشاعرة الذين يذهبون إلى أن العقل لا يستقل بإدراك الأحكام، وبناء على أن الأحكام أوصاف شرعية للأفعال، وهى ليست فى ذاتها حسنة أو قبيحة، وإنما هى كذلك بتحسين الشرع أو تقبيحه لها. وطبقاً لهذا الاتجاه فإن الشرع هو معيار الخير والشر، ولا يكون الناس مكلفين قبل وروده إليهم ببعثة الرسل، وهذا هو مفاد قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾. ويذهب الماتريدية مذهباً وسطاً، إذ يرون أن أفعال العباد لها أوصاف ذاتية وآثار تستوجب الحكم بحسنها أو قبحها، وأن العقل بمقدوره فحص هذه الأوصاف والآثار والوصول إلى حكم بحسن الفعل أو قبحه تبعاً لذلك. غير أن الأحكام التى تصل إليها عقولنا ليست نهائية، بل هى معرضة للخطأ، ولذا وجب خضوع العقل لأحكام الشرع واهتداؤه بها، كما وجبت التضحية بما يتوصل إليه العقل إذا عارضه الشرع.

وهذه الاتجاهات الثلاثة متعلقة بمرحلة معينة من مراحل التطور الإنسانية، ولا فائدة لهذا النقاش الذى احتشدت له كتب أصول الفقه جميعها، قديماً وحديثًا، إلا فى أمر واحد، وهو تحديد موقف الأصوليين من قضية العلاقة بين العقل والشرع فى وضع نظرى خاص، وذلك فى مرحلة ما قبل بعثة الرسل.

أما المرحلة الأخرى «العملية» ، فهى التى تلى بعثة الرسل.

ولا خلاف بين الأصوليين جميعهم على أن الشرع هو مصدر الحكم بحسن الأفعال أو قبحها، فهو منشئ الأحكام وتنسب إليه. أما العقل فلا حق له فى إنشاء الحكم أو إثباته وإنما ينحصر دوره فى إظهار الحكم. والقاعدة أن العقل مظهر للحكم لا مثبت له، وينبنى عن تحديد دور العقل على هذا النحو أن

الاجتهاد هو بذل الجهد والطاقة للكشف عن الحكم الشرعى واستنباطه، ومهمة المجتهد أن يبحث عما هو موجود قبلاً، لا أن ينشئ شيئاً جديداً. ومن هذا يتضح أن الطريق إلى معرفة الحكم الشرعى هو البحث عنه بالاجتهاد.

المحكوم فيه (الفعل):

هو الفعل الإنسانى الذى تعلق به الحكم الشرعى، أما أفعال الحيوانات فلا تدخل فى المحكوم فيه، لأن مقصود الشرع من أحكامه هو تنظيم حقوق الإنسان وواجباته، ولا تتعلق هذه الأفعال بذلك.

وقد عرف التاريخ القانونى البعيد بعض المجموعات القانونية التى عمدت إلى فرض عقوبات معينة على الحيوان الذى يهاجم شخصاً ويقتله.

ويشير Salmond إلى مسلك هذه القوانين، وأنها كانت تقضى بأن الثور الذى يثبت أنه نطح شخصاً وقتله، يجب رميه بالحجارة مع تحريم الأكل من لحمه[1].

غير أن النظرية الأصولية الإسلامية تحصر المحكوم فيه فى الفعل الإنسانى منذ أول الأمر، فلا يدخل فيه فعل غيره من الحيوانات أو الجمادات ، لأن المقصود من الأحكام الشرعية هو تنظيم العلاقات وتحديد الحقوق والواجبات للناس الذين يعيشون فى المجتمع الإسلامى.

ويتضح من هذا مفهوم القاعدة الأصولية القاضية بأنه: «لا تكليف إلا بفعل» ، وهذا واضح فى الواجب والمندوب لاقتضائهما قيام المكلف بأداء فعل على وجه الحتم واللزوم أو على غير هذا الوجه. أما فى الحرام والمكروه فالمكلف به هو الترك، وهو فعل أيضاً لأنه لا يحصل إلا بكف النفس عن فعله، وهذا الكف فعل.

(1) Salmond on e, 12th Edition, p. 299.

شروط التكليف بالفعل:

لا يكلف الشارع بالفعل كفاً أو تحصيلاً إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

١ـ أن يكون الفعل معلوماً للمكلف، فإن الشارع قد أوجب نقل التركة من المورث إلى وارثه وفق قواعد معينة معلومة جاءت فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة على نحو من التفصيل والوضوح تمكن معه فقهاءالصحابة من تطبيقه فى مجتمعهم الذى شهد توسعاً واختلافاً كبيرين بيسر وسهولة. وكذلك شرع القرآن الكريم الزكاة وبينت السنة أنواع المال المزكى ومقدار ما يؤخذ منه فى الزكاة وكيفية أخذها وأوجه إنفاقها والمستحقين لها على نحو كفل لهذا النظام القدرة على التطبيق فى الواقع دون مشكلات حادة. وإنما اشترط فى التكليف العلم به لأن قصد الشارع من التكليف هو الامتثال والطاعة، ولا يحصل ذلك إلا بكونه معلوماً. ويعتبر التكليف معلوماً بمجرد صدوره وإتاحة معرفته للناس. ولذا لا يعذر أحد بجهل القانون إلا إذا كان فى بيئة غير إسلامية، ولا يتيسر له التعرف على الأحكام الشرعية، وكان الموضوع الذى يجهله مما تختلف فيه الشرائع حسبما يأتى توضيحه فيما بعد.

٢ـ معلومية مصدر التكليف، وأنه هو الله عز وجل ، والمعلومية المطلوبة فى هذا الشرط هى اليقين، وإنما ينشأ هذا اليقين من الإيمان بالله وبنبوة رسوله، والاستدلال على ذلك بالمعجزات المؤيدة للإيمان بهذه النبوة وبما فى القرآن من إعجاز وصرف الناس عن الإتيان بمثله أو بسورة من مثله. وهذا الأساس الاعتقادى لتطبيق أحكام الشريعة هو الذى يبرر القول بأن قضية التطبيق الشرعى قضية اعتقادية فى المقام الأول.

٣ـ إمكان الفعل المكلف به وقدرة المكلف على فعله والقاعدة الأصولية أنه: «لا تكليف إلا بمقدور»، وتستند إلى قوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾، ويترتب على هذا الشرط الأحكام الثلاثة التالية :

أولها: انتفاء التكليف بالمستحيل عقلاً أو عادة، وذلك كإيجاب الفعل وتحريمه فى وقت واحد أو التكليف للمجنون بفهم الخطاب الشرعى.

الثانى : انتفاء التكليف بفعل الغير فعلاً أو تركه، فلا تكليف على أهل بلد بمنع وجود سارق بينهم، كما لا يكلف الأخ بألا يفعل أخوه شيئًا كالسرقة أو القتل، ويمتنع لهذا أن يجازى أحد بفعل غيره، فالتكليف شخصى والعقوبة شخصية، وكل امرئ مسئول عن أفعاله هو لا عن أفعال غيره، طبقاً لقاعدة ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾.

الثالث: انتفاء التكليف بالأفعال الجبلية الطبيعية التى تصدر من الإنسان رغماً عنه، كالحب والبغض والخوف والغضب. ولذا فإن الجندى لا يكلف بعدم الخوف ولكن يكلف بالثبات فى مواجهة العدو. ولا يكلف القاضى بعدم الغضب، وإنما يكلف بعدم الحكم أثناءه، وهذا هو ما جاء فى قوله ﷺ : «لا يقضى القاضى وهو غضبان»، وقوله ﷺ : «لا تغضب» محمول على البعد عن أسباب الغضب، أما الغضب فهو عاطفة طبيعية لا طاقة للإنسان على استبعادها، وكان ﷺ يقسم بين نسائه فى المبيت والنفقة والمعاملة قائلا: «هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك»، وهذا الذى لا يملكه هو الميل القلبى والحب.

التكليف بالمشاق:

لا يخلو التلكيف عن المشاق فيما يدل عليه مصطلح التكليف نفسه، فمعناه طلب القيام بما فيه كلفه أو مشقة، ففى الصوم والحج مشقة لا تخفى ، وفى إخراج الزكاة مشقة تتمثل فى التنازل عن شئ من المال للغير وإحصاء المال المزكى والتحرى عن المستحقين مما يتطلب جهداً وعملاً. غير أنه يجب الالتفات إلى أن هذه المشاق ليست مقصورة للشارع، وإنما مقصوده هو النتيجة المترتبة على الفعل نفسه، فمنفعة مستحقى الزكاة وتوزيع الثروة فى المجتمع وضمان

حقوق الضعاف فيه هو المقصود للشارع. ويشبه الأمر فى ذلك عمل الطبيب فإنه يقصد إلى معالجة المرض، ويترتب على تدخله الجراحى شئ من الألم ، لكنه لا يدخل فى قصده.

وتنقسم المشقة إلى نوعين:

أولهما : المشقة المعتادة التى لا تنفك عن التكليف ولا تهدد المكلف فى مصلحة من المصالح المعتبرة، كالصحة والعرض والعقل والشرف، وهذه لا تستوجب رفع التكليف.

والثاني: المشقة الزائدة عن المعتاد، وهى التى يعلم أو يظن تطرق الضرر بسبب منها إلى المكلف فى نفسه أو جسمه أو عقله أو عدم قدرته على استيفاء العمل معها. ولذا نهى النبى ﷺ عن الصلاة بحضرة الطعام، وعدم الحكم فى قضية عند الغضب [1]، وذلك فى قوله : «لا يقضى القاضى وهو غضبان». ومنه إباحة أكل الميتة للمضطر، وإباحة الفطر للمسافر والمريض، ومنه كذلك قضاء الصحابة بتضمين الصناع على الرغم من أنهم أمناء على المال، والأمين لا يضمن إلا بالتعدى. غير أن عدم تضمينهم قد أدى إلى جرأة بعضهم على أموال الناس وإهمالهم فى حفظها ، ويؤدى ذلك إلى مشقة بالغة، لأن الناس تضطر إلى التعامل معهم، ولا يستطيع كل واحد أن يلم بالصناعات التى يحتاجها ، فلزم القول بتضمينهم رفعاً لهذه المشقة، وأصل رفع الحرج والمشقة من الأصول البالغة الأهمية فى النظرية الأصولية الإسلامية.

أقسام المحكوم به :

ينقسم المحكوم به بالنسبة للحقوق المتعلقة بها إلى الأقسام التالية :

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/١٣٤.

• حقوق الله تعالى الخالصة، وهى فى تعريف صدر الشريعة لها : «ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء فى الإضافة إلي الله تعالى، ولله ما فى السموات وما فى الأرض، وباعتبار التضرر أو الانتفاع هو متعال عن الكل». ومن هذه الحقوق الزكاة والعبادات المالية الأخرى. والعقوبات على الجنايات، ومنها كذلك الحقوق المالية للدولة. وبهذا تنتظم حقوق الله (الحقوق العامة) المصالح المتعلقة بالنظام المالى والجنائى، وإنما أضيفت هذه الحقوق فيما يذكره صدر الشريعة إلى الله عز وجل لأهميتها البالغة وتعلقها بالمصالح العامة للناس، ولا تعنى إضافتها إلى الله عز وجل أنه فى حاجة إليها أو أنه لا تكليف بغيرها، وإنما جاءت هذه الإضافة لزيادة خطرها عن أنواع الحقوق الأخرى[1].

• حقوق العباد: يعرف ابن نجيم حقوق العباد بأنها: «ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير». وبهذا فإن حقوق العباد حقوق خاصة بخلاف حقوق الله التى تعد من قبيل الحقوق العامة. ومن أهم حقوق العباد التى لا تقع تحت حصر، طبقاً لما يذكره صدر الشريعة، حقوق الملكية، كحق التصرف فيها ومنع الغير عن التعرض لها أو العدوان عليها، ومنها حق المرتهن (الدائن) فى حبس العين المرهونة ومنع مالكها من التصرف فيها تصرفاً يضر بحقوق الدائن. ومن حقوق العباد حق الاختصاص بالسبق فى الأماكن المباحة، كالجلوس فى الأسواق، وحقوق الارتفاق، كحق المرور والمسيل والرى، وهناك حقوق أخرى كالحق فى الانتفاع بالإنتاج الذهنى والنشاط الأدبى ، ولا حق لأحد فى التصرف فيه بدون إذن صاحبه، ومن حقوق العباد الحقوق الأسرية للفرد فى الزواج والولاية والإنفاق عليه من أقربائه الموسرين إن كان فقيراً وتولية مصالحه إن كان غير راشد.

---

(1) التوضيح ٢٩٩/٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٧، طبعة الحلبي ١٣٨٧هـ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧ طبعة دار الكتب العلمية، ١٣٩٩هـ وفتح الغفار بشرح المنار ٥٩/٢.

• ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وحق العبد غالب، كحق القصاص ففيه حق الله لتعلق القصاص بالمصلحة العامة فى حفظ حياة الناس وإشاعة الأمن بينهم، غير أن القصاص متعلق بحق العبد كذلك لمعاناة أولياء المقتول أكثر من غيرهم. ولذا منح الشارع أولياء المجنى عليه الحق فى العفو عن القاتل أو الإصرار على حقهم فى القصاص، فإن عفوا لم يكن للقاضى أن يوقع القصاص، وإن كان له أن يفرض العقوبة الأخف منها.

ومن الواضح أن الفقهاء والأصوليين يبدأون تحليلهم لطبيعة الحق المعتدى عليه فى الجناية الموجبة للقصاص من لحظ مسلك الشارع فى إعطاء الأولياء حق العفو، ولذا انتهوا إلى الحكم بترجيح حق العبد وتغليبه فى جرائم القصاص.

ويختلف هذا التحليل مع النظرة القانونية الحديثة التى تنظر إلى الجرائم على النفس باعتبارها عدواناً على الحقوق العامة، ولذا فإن القصاص من الجانى حق المجتمع، ولا يملك أولياء المقتول حق العفو عن الجانى، وإن أعطت القوانين الحديثة هذا الحق فى العفو إلى جهة من جهات السلطة التنفيذية، كرئاسة الجمهورية أو أعلى سلطة فى الولاية أو الإقليم.

وقد انتقد البعض الفقهاء المسلمين فى موقفهم من تغليب حق العبد فى القصاص، ورتب هذا البعض نتيجة تبدو منطقية، هى أن الفقهاء المسلمينن ما داموا يغلبون حق العبد فى القصاص فإنهم بهذا يعتبرون القصاص من الجرائم الخاصة. ويقترب مفهوم القصاص بهذا من مرحلة الثأر، ولا يختلف عنه إلا فى مراعاة إجراء العدالة والتناسب بين الجريمة والعقوبة (نفس بنفس).

والذى يبدو لى أن تصنيف موقف الفقهاء المسلمين على هذا النحو أمر يفتقر إلى الدقة، وترد عليه الملاحظات التالية:

١- لا يصلح لحظ معنى العفو عن القصاص من الجانى أن يكون هو معيار تصنيف طبيعة الحق المعتدى عليه فى الجرائم البدنية، وينبغى أن يعالج

موضوع العفو فى إطار القصد إلى تقليل حالات العقاب بالقتل. وهو اتجاه تسعى إليه النظم القانونية المختلفة.

٢ـ يغفل الحكم باعتبار القصاص من موضوعات العدالة الخاصة لدى الفقهاء المسلمين أمراً على قدر من الأهمية، هو أن العفو عن القصاص لا يمنع القاضى من الحكم بالعقوبة الدنيا أو الأخف، وهى العقوبة التعزيرية، فهذا من سلطة القاضى. ومعناه أن العقوبة بالقصاص لا يحكم بها إلا إذا لم يمارس أولياء القتيل حقهم فى العفو عن الجانى. وهذا الحق فى فرض العقوبة التعزيرية عند صدور العفو يعكس وجود الحق العام فى الجنايات البدنية فى التصور الفقهى.

٣ـ ليس فى الفقه الإسلامى ما يمنع من إعطاء الحق فى رفع الدعوى الجنائية فى الجنايات البدنية لسلطة عامة فى المجتمع.

٤ـ لا تصور آيات القرآن الكريم جرائم القتل باعتبارها عدواناً على فرد أو أفراد أو مجتمع واحد، وإنما تصور هذه الجريمة بحسبانها عدواناً على الحياة الإنسانية كلها. وهذا هو ما نجده فى قوله تعالى: ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾.

ويجب لهذا تقدير موقف الفقهاء من تحديد طبيعة الحق المعتدى عليه فى القصاص تقديراً مختلفاً، إنه عدوان فى تقديرهم على الحقين العام والخاص، وإن كان العدوان على الحق الخاص أغلب فى نظرهم بدليل إسناد الحق فى العفو إلى أولياء القتيل، غير أن كون الحق الخاص أغلب لا ينفى الحق العام، ولذا لا يترتب على العفو منع القاضى من الحكم بالعقوبة التعزيرية، والأمر بحاجة إلى معالجة خاصة.

• ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، من ذلك القذف، وهو عبارة عن الاتهام بارتكاب جريمة الزنا بدون إثبات لها. والحق المعتدى عليه فى جريمة القذف هو حق الفرد فى صون سمعته وشرفه من التهجم عليه، ويتعلق هذا الحق بالمجنى عليه، فهو حق فردى من هذا الوجه، كما يتعلق أيضاً بالمجتمع كله وصيانة أعراض أفراده ومنع النزاع والفساد فيه، وهذا الوجه أغلب فى تقدير الأحناف، ولذا لا تسقط العقوبة الحدية (ثمانون جلدة) بعفو المقذوف عن القاذف، خلافاً للشافعية الذين يرون تغليب العدوان على الحقوق الفردية فى هذه الجريمة.

ويدل هذا التقسيم للحقوق على الأمور التالية :

١ـ الهدف من الأحكام الشرعية هو تنظيم الحقوق المتعلقة بالفرد أو الجماعة، وبهذا فإن مقاصد الأحكام الشرعية هى الحقوق. وقد عرف بعض الأصوليين الحق بأنه حكم يثبت ، وحق الله فى تقدير القرافى هو أمره ونهيه، أى نفس الخطاب.

٢ـ يرتبط الحق بالمصلحة المعتبرة شرعاً ويحميها، وهو وسيلة إلى تحصيلها، فحقوق العباد متعلقة بالمصالح الخاصة بهم، ولا تتساوى الحقوق بالمصالح، ولكن المرحوم محمد يوسف موسى قد ساوى بين الحق والمصلحة، ولا تصح هذه التسوية لأن المصلحة غاية والاعتراف بالحق هو الوسيلة التى اتخذها الشارع لتحقيق هذه الغاية.

٣ـ لا يلزم تعلق المصلحة التى يحميها الحق بصاحب الحق نفسه، فحق الأم فى حضانة الصغير وحق الأب فى الولاية عليه مراعى فيهما مصلحة الصغير فى المقام الأول، مع ذلك فإن الأغلب تعلق المصلحة المتعلقة بالحق بصاحب الحق نفسه.

٤ـ التقسيم الرباعى للحقوق إلى حقوق خالصة لله وحقوق خالصة للعباد وحقوق مشتركة بينهما وحق الله أغلب وحقوق مشتركة بينهما وحق العباد أغلب تقسيم يستقصى الجوانب المنطقية للحق أكثر من أن يكون تقسيماً فنياً، إذ تقل الحقوق الواردة فى القسمين الأخيرين، بل تنحصر حقوق هذين القسمين فى عدد محدود من الأمثلة التى جرى علماء الأصول على ترديدها ونقلها من كتاب لآخر، ويدور الخلاف حول بعضها. ويمكن لهذا أن يكتفى بتقسيم الحقوق إلى نوعين اثنين، أولهما حقوق الله ، والآخر حقوق العباد.

٥ـ على الرغم من تمييز الفقهاء بين حقوق الله وحقوق العباد، فقد نصوا على أنه ما من حق لله إلا وفيه حق للعباد وما من حق للعباد إلا وفيه حق لله عز وجل، وبهذا فإن السلطة التى يخولها الحق للفرد ليست مطلقة وتتقيد بالمصلحة العامة للمجتمع من جهة، كما تتقيد بحقوق الغير. وبهذا فإن حق الملكية ليس مطلقاً، ولا يحق للمالك التصرف فى ملكه على نحو يضر بغيره أو يؤذى جاره، وهذا هو جوهر نظرية التعسف فى استعمال الحق التى أقرها الفقه الإسلامى بوضوح كامل.

وإذ ينحصر التكليف فى الإنسان كما تقدم، فلا مجال لأن يكلف غيره من الحيوانات والجمادات لأن المقصود من التكليف الطاعة وأداء المكلف به ولا يحصل ذلك من غير الإنسان.

الشروط الواجبة فى المكلف لتكليفه:

ويشترط فى المكلف لتكليفه بالأحكام الشرعية ما يلى:

١ـ العقل والتمييز:

وعبارة الغزالى فى هذا : «وشرطه أن يكون عاقلاً يفهم الخطاب، فلا يصح خطاب المجنون والصبى الذى لا يميز، لأن التكليف مقتضاه الطاعة والامتثال ولا

يمكن ذلك إلا بقصد الامتثال، وشرط القصد العلم بالمقصود[1].

ولا يعنى نفى تكليف المجنون والصبى انتفاء الآثار القانونية المترتبة على أفعالهما، فمن أتلف منهما مالاً لغيره بقصد أو إهمال وجب الضمان عليه في ماله، لكن وليه هو الذى يخاطب بأداء ما وجب عليه. ويؤدبان على ما يفعلانه مما يلحق الضرر بالغير. لكن لا عقوبة عليهما فيما يرتكبانه من جرائم لانتفاء التلكيف. وإنما وجب الضمان على الصبى والمجنون، لأن الضمان من خطاب الوضع ، وهو ثابت فى حقهما، بخلاف العقوبة فإنها متعلقة بارتكاب المحرم، وهو حكم تكليفى ولا تكليف فى حقهما.

٢ ـ حرية الاختيار:

يشترط كثير من الأصوليين تحقق حرية الاختيار للمكلف ليصح تكليفه، والمعتزلة من أنصار هذا الاتجاه. وتعنى حرية الاختيار القدرة على الامتثال للتكليف. وعندهم أن المكلف إذا لم يكن قادراً على الامتثال والإتيان بالمكلف به فلا معنى للتكليف عندئذ.

ويخالف الغزالى فى اشتراط هذا الشرط، على النحو الذى يظهر فى مسألة تكليف المكره، فقد ذهب الغزالى إلى أنه مكلف لأنه يفهم خطاب الشارع ويعقله، فجاز تكليفه، ولذا فإنه يكون مكلفاً بترك القتل للغير إن أجبر عليه بالتهديد بقتله إن لم يفعل، لأنه قادر على ترك القتل وليست نفسه أولى من نفس غيره فى الحفظ غير أن هذا التكييف لا يستلزم ترتب العقوبة على فعل المكره ، وسيأتى توضيحه فيما بعد عند الحديث عن عوارض الأهلية.

---

(١) المستصفى ٨٣/١.

٣ ـ الخضوع لولاية الدولة الإسلامية:

وإنما يستنبط هذا الشرط مما ذكره الأحناف فى الحكم على من ارتكب جريمة خارج الدولة الإسلامية بأنه لا يعاقب على هذه الجريمة حـ[illegible]ـاد بعدها إلى دار الإسلام.

وبهذا يشترط لترتيب العقوبة ولتوجه الخطاب الجنائى خضوع المكلف لولاية الدولة الإسلامية. وانتفاء المسئولية أو العقوبة على المسلم خارج ولاية الدولة الإسلامية لا يعنى نفى تكليفه بسائر التكليفات الشرعية.

وهكذا فإن هذا الشرط شرط خاص بالتكليف فى مجال العقوبات والجنايات دون غيرها. وهذا هو مذهب الأحناف. أما الجمهور فإنهم لا يشترطون هذا الشرط للتكليف، لا فى الجنايات ولا فى أى مجال آخر. ورأيهم أن المسلم يعاقب على ما يرتكبه من جرائم داخل الدولة الإسلامية أو خارجها عند عودته إليها، لأنه فى ولاية الدولة الإسلامية حكمًا، وإنما استحق العقوبة عند عودته إليها، لأن الدولة لا تملك أن تلاحقه خارج حدودها. فإذا توافرت هذه الشروط وانتفت الموانع تحققت أهلية المكلف، على النحو الذى نعرضه فى الفصل التالى.



الفصل الثالث

﴿ الأهلية ﴾

تعريفها :

الأهلية في اللغة بمعنى الصلاحية، يقال: فلان أهل لهذا العمل أى صالح لأدائه. وهى فى الاصطلاح الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات فى الذمة.
وتنقسم الأهلية إلى نوعين:

- أولهما : أهلية الوجوب.
- والثانية : أهلية الأداء.

أهلية الوجوب :

أما أهلية الوجوب فمعناها الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص وعليه، فأهلية الوجوب تثبت بها الحقوق والالتزامات فى الذمة. وهذه الأهلية مناطها الإنسانية، وتتعلق بها، إذ تثبت للإنسان بمجرد وجوده في الرحم وقبل الولادة. ولذا يثبت له الحق فى ميراث من يموت من أقاربه إذا تحققنا من وجوده عند موت قريبه. وإنما يظهر ذلك إذا ولد حياً قبل مضى أقصى مدة الحمل من تاريخ الوفاة.

وقد اختلف الفقهاء فى أقصى مدة الحمل، غير أن القانون المصرى قد قضى بأنه لا تسمع دعوى الميراث إذا جاء الولد لأكثر من سنة شمسية من تاريخ وفاة المورث، وذلك إذا كانت الأم التى أتت به معتدة من وفاة أو فرقة بائنة. أما إذا كانت الأم التى أتت به متزوجة وهى فى عصمة زوجها، فالشرط لسماع الدعوى أن تكون ولادته فى خلال سبعين ومائتى يوم من تاريخ الوفاة، لأنها إذا ولدته بعد ذلك، والزوجية قائمة، فالاحتمال أن يكون العلوق قد حدث بعد الوفاة، فلا يتحقق من وجود الوارث عند وفاة المورث، وهو الشرط فى استحقاق الميراث. ويدل هذا على استحقاق الجنين نصيبًا فى الميراث قبل ولادته، متى تأكدنا من وجوده عند وفاة مورثه وانفصل عن أمه حيًا، وإنما استحق نصيبه هذا بمقتضى ثبوت أهلية الوجوب له التى تثبت بمجرد الإنسانية.

وتثبت هذه الأهلية للإنسان بثبوت الذمة، والذمة فى اللغة العهد، وفى الاصطلاح عبارة عن وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له ولما عليه، وبهذا يتصور الأصوليون والفقهاء الذمة بمنزلة ظرف أو وعاء يشتمل على مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من واجبات. وهى تثبت للإنسان طبقًا لهذا التصور مدى حياته ولا تنفك عنه مدة وجوده (1).

أقسام أهلية الوجوب :

تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين :

● أولهما ـ أهلية وجوب ناقصة، وهى التى تثبت للإنسان قبل ولادته، وإنما كانت ناقصة لأنها لا تثبت سوى الحقوق، أما الواجبات فلا تلزمه. وتثبت له بهذه الأهلية الناقصة التبرعات والوصية والميراث، ولكن لا تجب عليه النفقات ولا تحمل الدية مع العاقلة ولا الزكاة فيما يحجز له من أموال.

---

(1) التوضيح ٢/ ٣١.

● والثاني ـ أهلية الوجوب الكاملة، وهى التى تثبت بها الحقوق والواجبات معًا، وإنما تكون للشخص بعد ولادته ويجرى التفريق فيها بين ما ثبت منها قبل البلوغ وبعده. ويترتب على ثبوت أهليةالوجوب الكاملة وقبل البلوغ ما يلى:

١ـ ثبوت الواجبات التى تصح نيابة وليه فى أدائها. ولذا تجب عليه قيمة ما يتلفه، وتثبت هذه القيمة فى ذمته، ولكن وليه هو الذى يطالب بأدائها. وتجب عليه نفقة أقاربه الفقراء، والواجبات أو الالتزامات التى تصح فيها نيابة الولى هى الواجبات المالية، وتجب الزكاة فى ماله عند الجمهور لصحة نيابة الولى عنه فى أدائها، خلافاً للأحناف الذين يرجحون جانب العبادة فى الزكاة، ولا يرونه مكلفاً بها لهذا.

٢ـ عدم تكليف الصبى بالعبادات التى لا تجرى فيها النيابة عنه كالصلاة والصوم.

٣ـ عدم وجوب العقوبات فى حقه، لأنه لا تجرى فيها النيابة أيضاً. ويجوز تأديب الصبى والمجنون، وإيداعهما فى يد أمين بقصد الإصلاح والتأديب، ولكن لا يجوز عقابهما، لأنهما ليسا أهلاً للتكليف بالخطاب الجنائى. وبهذا فإن أهلية الوجوب التى يتمتع بها الصبى قاصرة، ولا تثبت له فى مجالات التكليف المختلفة [1]، إذ رأينا أن الخطاب الجنائى لا يثبت فى حقه.

أما بعد البلوغ وثبوت العقل، فتتصف أهلية الوجوب الكاملة بأنها مطلقة غير قاصرة وتشمل جميع مجالات التكليف التى تقبل نيابة الولى فى الأداء والتى لا تقبل مثل هذه النيابة.

الشخص الاعتبارى:

تقابل أهلية الوجوب التى ينعم بها كل شخص منذ بداية وجوده ما يعرف

(١) التوضيح ٢/٣١٥.

بالشخصية القانونية التى تعنى الصلاحية لترتب الحقوق والواجبات. غير أن الشخصية القانونية يجرى التمييز فى إطلاقها بين الشخص الطبيعى الذى هو الإنسان وبين الشخص الاعتبارى الذى يحكم له القانون بمقتضى ذلك بالحق فى الملك والتمليك والتصرف والتقاضى بواسطة ممثله. وتفيد عبارات الفقهاء المسلمين أنهم يقصرون أهلية الوجوب على الشخص الطبيعى، لأن مناطها عندهم كما تقدم هو الإنسانية، أما الحيوانات والجمادات فقد أكدوا أنها لا تتمتع بأى نوع من أنواع الأهلية.

ومع ذلك فقد اتجه عدد من الباحثين المعاصرين إلى أن الفقه الإسلامى قد اعترف بنوع من الشخصية الاعتبارية لبعض الجهات كالوقف والمسجد والمضاربة وبيت المال، فإنها تتمتع بنوع من الاستقلال عن ممثليها والعاملين عليها، فمتولى الوقف يستطيع أن يقترض له، ولا يطالب، هو أو أهله بما اقترضه إذا أخرج من وظيفته، ولو اشترى المضارب أرضاً على ذمة المضاربة إلى جوار أرض رب المال، وقام سبب استحقاق الشفعة، كان لرب المال أن يطالب بالشفعة لنفسه، وكذا يحق للمضارب المطالبة لنفسه بالشفعة فى الأرض المشتراه على ذمة المضاربة، وكل هذا يدل على معرفة الفقه الإسلامى لنوع من الشخصية الاعتبارية أو القانونية.

أهلية الأداء :

هى صلاحية الإنسان لأداء ما وجب عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتب عليه آثارها الشرعية. وفى التوضيح تعريف أهلية الأداء بصلاحية صدور الفعل على وجه يعتد به شرعًا [1]. فالمتمتع بأهلية الأداء يتولى عقد العقود وتنعقد بعبارته صحيحة منتجة لآثارها المترتبة عليها، إذا اجتمعت فيها شروط الصحة والنفاذ. ويكون أهلاً للعقوبة والجزاء على ما يرتكبه من جرائم ولأداء العبادات والثواب عليها. أما من له هذه الأهلية فلا تنعقد العقود بعبارته ولا تنفذ آثارها. وقد توجد

(1) التوضيح ٢/٢٢١.

لدي الشخص أهلية أداء فى بعض الأمور دون بعضها الآخر، وهذه هى أهلية الأداء القاصرة أو الناقصة، وقد توجد لديه أهلية كاملة فى نفاذ تصرفاته القولية والفعلية كلها.

ومناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز لا الوجود والحياة كما فى أهلية الوجوب. وعلى ذلك فإن المجنون لا يتمتع بأهلية أداء لانعدام عقله. ويتحقق التمييز بالبلوغ عند جمهور الفقهاء، فتثبت به أهلية الأداء ما لم يثبت عدم تمييزه، فالبلوغ قرينة على التمييز قابلة لإثبات خلافه. ولذا فإن من بلغ غير عاقل لم تثبت له أهلية أداء، ومن بلغ سفيهاً غير مميز لم تثبت له أهلية أداء كاملة. أما الأحناف فيرون أن التمييز الناقص الذى يحصل للشخص بعد بلوغه سبع سنين يثبت له أهلية أداء ناقصة على ما يأتى توضيحه.

أهلية الأداء الكاملة والناقصة:

يشترط جمهور الفقهاء البلوغ لإثبات أهلية الأداء، وطبقاً لذلك فإن الإنسان يمر فى حياته بمرحلتين:

● الأولى قبل البلوغ، وليس له فيها أهلية أداء مطلقاً.

● الثانية بعد البلوغ، وفيها يتمتع الشخص بأهلية أداء. أما مذهب الأحناف فيكفى فيه تحقق التمييز الناقص للشخص بمجرد بلوغه سبع سنين حتى يتمتع بأهلية أداء ناقصة. وطبقاً لذلك يمر الشخص فى حياته بعد ولادته بالمراحل التالية:

١- بعد الولادة إلى سن سبع سنين، حيث لا يتمتع الشخص بأهلية أداء من أى نوع، فلا تنفذ عبارته فى التصرفات القولية ولا تنعقد بها العقود، ولا يعاقب على ما يصدر منه من أفعال فى حكم الجرائم، ولا تصح عبادته، لكن تجب عليه الواجبات المالية التى تقبل النيابة فى أدائها كما تقدم.

٢ـ مرحلة التمييز الناقص التى تتحقق للشخص بعد سن سبع سنين إلى وقت البلوغ. ويلحق جمهور الفقهاء هذه المرحلة بسابقتها، ولا يثبتون للشخص فى هذه الأثناء أهلية أداء مطلقاً. أما الأحناف فيثبتون للشخص فى هذه المرحلة أهلية أداء ناقصة ، ويترتب على أهلية الأداء الناقصة ما يلى:

أ ـ صحة العبادات التى يؤديها الصبى، لكن لا تجب عليه.

ب ـ صحة تصرفاته النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبات والتبرعات، فيصح قبوله لها وتترتب الآثار الشرعية على هذا القبول، فينتقل إليه ملك الموهوب أو المتبرع به.

جـ ـ بطلان تصرفاته الضارة ضرراً محضاً كتبرعه وصدقته وهبته شيئاً من ماله، ومعنى بطلان هذا التصرف أنه لا يجوز منه ولا حق للولى فى تصحيح مثل هذا التصرف، لأن الولى لا يملك إنشاءه، فلا يملك إجازته.

د ـ صحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر مع توقفها على رأى الولى وإذنه، فإن أجازها نفذ، وإن لم يجزها بطلت. وهذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مثل البيع والإجارة والقسمة وسائر عقود المعاوضات.

٣ـ مرحلة البلوغ التى تثبت فيها الأهلية الكاملة بشرط الرشد. والرشد هو حسن التصرف فى الأموال ومعرفة وجه التصرفات ومقصود الناس منها. ويعنى ثبوت أهلية الأداء الكاملة صحة التصرفات والأفعال وترتب آثارها الشرعية. وإنما تتحقق أهلية الأداء الكاملة بالشروط التالية:

أ ـ البلوغ.

ب ـ الرشد.

جـ ـ انتفاء عوارض الأهلية على النحو الذى يرد توضيحه.

عوارض الأهلية

﴿العوارض السماوية﴾

تقديم:

العوارض جمع عارض، وهى أوصاف تعرض للإنسان فتؤثر فى أهليته، ويقسمها الأصوليون إلى نوعين: أولهما العوارض السماوية، والثانى العوارض المكتسبة.

والعوارض السماوية هي التى لا دخل للإنسان فى اكتسابها وتحصيلها، وأهمها: الجنون والعته والإغماء والمرض.

أما العوارض المكتسبة فهى التى تحدث للشخص بفعله واختياره وتؤثر على قدراته المختلفة، وأهمها: الجهل والسكر والخطأ والإكراه.

وفيما يلى بيان معنى أهم هذه العوارض السماوية وتأثيرها على أهلية الأداء.

أولاً - الجنون :

الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب[1]. ويظهر هذا الاختلال فى إتيان المجنون أفعالاً لا يقصدها أو لا يقصد إحداث نتائجها. وقد يكون هذا الجنون ممتداً لا تتخلله إفاقة أو متقطعاً تتخلله الإفاقة. ويشبه الجنون المتقطع الذى تتخلله الإفاقة بعض الأمراض النفسية الشديدة التى تجعل المصاب بها يتخيل الخيالات الفاسدة ويفزع فى أحوال كثيرة من غيره ما يصلح سبباً فيطير قلبه ولا يجتمع ذهنه مما يؤثر على اختلال قصده لأفعاله أو قصده لنتائجها. وليس من الجنون هذا الاضطراب النفسى أو العصبى الذى يظهر

(1) التوضيح ٢/٢٣١.

فى الاستفزاز الشديد بدون سبب يوجبه والاضطراب والهياج والغضب الذى يفقد الشخص تقديره للأمور، دون أن يفقده القدرة على السيطرة على أفعاله ومعرفة نتائجها وإدراك عواقب ما يصدر عنه من أفعال. سواء رجع هذا الاضطراب والجنوح للاستفزاز الشديد بغير موجب إلى مرض عصبى أو حادثة من حوادث الحياة كخيانة زوجة أو صديق أو تعثر فى العمل أو ضياع مال فإن مثل ذلك لا يبلغ مبلغ الجنون، ويحاسب مثل هذا الشخص على فعله، ويعتد بتصرفاته القولية والفعلية.

وينافى الجنون أهلية الأداء، لأن مناطها العقل والتمييز ، ولذا لا تصح عباداته ، ولا يخاطب بها، وتبطل تصرفاته المالية، ولا يعاقب بما يرتكبه من جرائم الحدود كالزنا وشرب الخمر والسرقة والقذف ، كما أنه لا يعاقب فى جرائم القصاص، لأنه لا عمد له، ولو قتل المجنون أحد متعمداً ذلك اعتبر عمده خطأ يوجب الدية. ولا يخفى أن انتفاء أهلية الأداء للمجنون لا يؤثر على ثبوت أهلية الوجوب له، لأنها ثابتة له بمقتضى الإنسانية.

ثانياً ـ العته :

يعرفه الأصوليون بأنه آفة توجب اختلال العقل، فيختلط كلام صاحبه حتى يشبه كلام العقلاء أحياناً، وكلام المجانين أحياناً أخرى.

والعته كالجنون فى الذهاب بسلامة الإدراك، وإن كان الجنون أقوى، لأن العته ضعف الإدراك، أما الجنون فيكاد يصل إلى درجة انعدامه.

ويفرق الأصوليون لبيان حكم المعتوه بين المميز وغير المميز، فغير المميز يلحق بالمجنون فى عدم مساءلته جنائياً وفى بطلان تصرفاته القولية، بمعنى عدم ترتيب آثارها الشرعية، وعدم صحة عباداته. أما المميز فحكمه حكم الصبى المميز فى منع عقابه وصحة تصرفاته النافعة وبطلان ما كان ضاراً كالتبرعات ووقف

تصرفاته المترددة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء، على إجازة وليه. وله بهذا أهلية أداء ناقصة [1].

ثالثاً ـ النسيان:

النسيان هو غفلة الإنسان وذهوله عن بعض ما كان قد علمه بغير قصد منه، وحكم النسيان [2] ما يلى:

١ـ لا ينافى أهلية خطاب الوضع، ولا يكون عذراً فى حقوق العباد، فلو أتلف مال غيره ناسياً وجب عليه الضمان.

٢ـ لاينافى النسيان خطاب التلكيف، لوجود شروطه من العقل والتمييز. ولذا لو غفل عن صلاته وجب عليه أن يؤديها إذا ذكرها.

٣ـ لا يعذر الناس فيما يتعلق بحقوق الله إن وجد مع النسيان تقصير، كأن يغفل عما يجب عليه تذكره مع وجود دواعى التذكر، من ذلك الأكل فى الصلاة، فإن وقوفه لأدائها وانخراطه فيها يذكره بامتناعه عن الأفعال الخارجة عن الصلاة، ومن ذلك اللعب بمسدس محشو بالرصاص وتوجيهه إلى شخص والضغط على الزناد ناسياً وضع المقذوف النارى فيه من قبل، وإنما عدّ مقصراً فى هذه الحالة لأن عظم الخطر وضخامة النتائج يستوجب زيادة الحذر، ووضع المقذوف النارى فى المسدس مما يوجب عدم نسيانه فيضمن ويعاقب بغير القصاص.

٤ـ يعذر الناسى إن لم ينشأ النسيان بتقصير منه. ولذا لو أكل ناسياً وهو صائم لم يبطل صومه، وذلك لما فى الطبيعة من النزوع إلى الأكل، ولو سلم فى قعوده بعد الركعتين الأوليين فى صلاة الظهر أو المغرب لم تفسد صلاته.

---

(١) التوضيح ٢/٣٢٤، وكشف الأسرار على أصول البزدري لعبد العزيز البخاري، ٤/٢٧٤.

(٢) كشف الأسرار ٤/٢٧٦ ـ ٢٧٧. وتيسير التحرير ٢/٢٢٤ ـ ٢٢٧، والتوضيح ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

رابعاً - المرض :

حالة تعرض للإنسان تؤثر في القدرة على الفعل، ويعرفه المرحوم أحمد إبراهيم بأنه هو: «ما يعترى الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة اعتدالها تعرض العادية قليلاً كان أو كثيراً، وقد ينتهى به الأمر إلى القضاء على الحياة» [1].

والمرض بهذا نوعان:

١ـ المرض الذى يبرأ منه من ألم به وأصابه ولا يعقبه الموت، وهو المرض العام.

٢ـ مرض الموت، وهو الذى لا يفصل البرء بينه وبين حدوث الموت. وهو المرض الخاص الذى يؤثر فى التصرفات المختلفة.

وأحكام النوع الأول من المرض فيما يلى:

- لا ينافى المرض أهلية الأداء الكاملة، وتصح تصرفات المريض المختلفة، وتترتب عليه آثارها. وذلك لأن المرض لا يؤثر فى العقل ولا يمنع من التمييز.
- لا ينافى المرض أهلية الوجوب، فيثبت التكليف بالعبادات والخطاب بالعقوبات.
- يعد المرض عذراً تسقط به بعض الواجبات التى لا يستطيعها المريض أو تؤثر على صحته كوجوب الوضوء أو الغسل للصلاة ، ويصح له التيمم بدلاً منهما إن كان الماء يضره.

أما مرض الموت فتتعلق به الأحكام التالية :

- لا ينافى أهلية الوجوب، ويجرى تكليفه بالعبادات والعقوبات.
- يعد المرض عذراً تسقط به بعض الواجبات التى لا يطيقها المريض أو تؤثر على صحته كذلك.
- أما بالنسبة لتصرفاته التى قد تضر بالغرماء فيحجر عليه فيها ويقضى بمنعه من

---

(١) الوصية، ١٩٧.

هذا الضرر، ولذا تتقيد أهليته في التبرع بما يزيد عن قيمة ديونه، وتتقدم ديون الصحة على ديون مرض الموت حماية لدائني الصحة، لأن دينهم أقوى.

- تتقيد تبرعاته ومحاباته في الشراء والبيع بما لا يجاوز ثلث ماله، لتعلق حق ورثته بثلثي ماله.
- إقرار تشكيل المريض يدين عليه لوارثه إقرار صحيح موقوف على إذن سائر الورثة لتعلق حقوقهم بالتركة واحتمال محاباة أحدهم فيها، فينفذ الإقرار إن أجازوه ويبطل إن لم يجيزوه. أما إن كان الإقرار بالدين لأجنبي فإن الإقرار يصح لبعد التهمة في المحاباة، ولا يفرق الشافعية بين إقرار المريض مرض الموت للوارث أو الأجنبي، ويحملون الإقرارين على الصحة والنفاذ دون توقف على إذن أحد. ويرجع الخلاف بين الشافعية والأحناف في حكم إقرار المريض لوارث إلى الخلاف بينهما في أصل النظر إلى التصرف والحكم بصحته إذا اجتمعت فيه الأسباب الظاهرة للصحة. أما الأحناف فلا يكتفون بالنظر في الأسباب الظاهرة لصحة التصرف، ويبحثون في القصد والنية عند وجود سبب يدعو إلى هذا البحث. ويعبر الزنجاني عن هذا الأصل بقوله: «الأصل عند الشافعي رضي الله عنه أن الفعل إذا وجد مطابقًا لظاهر الشرع حكم بصحته، ولا تعتبر التهمة في الأحكام، لأن الأحكام تتبع الأسباب الجلية، دون المعاني الخفية، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: «كل فعل تمكنت التهمة فيه حكم بفساده لتعارض دليل الصحة والفساد»[1].
- يصح نكاح المريض مرض الموت، ويثبت به الحق في الميراث والمهر دون توقف على إذن أحد، ويخالف المالكية في هذا ويرون أن المرض المخوف الذي يغلب فيه الهلاك يمثل مانعاً من موانع الزواج [2].

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ٢١٢، وانظر : بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٤/٧.
(٢) حاشية الدسوقي ٢٤٠/٢.

- يقع طلاق المريض مرض الموت، وترثه المطلقة البائنة شريطة:

  - حدوث الموت من المرض الذى تم فيه الطلاق.
  - وأن يكون موت المطلق أثناء العدة.
  - وألا يكون الطلاق بطلبها ولا بسبب من جهتها.

وإنما حكم بتوريثها مع بينونتها لتمكن التهمة من قصده الإضرار بها والفرار من توريثها، فترثه، معاملة له بنقيض مقصوده الظالم ومنعًا له من التعسف فى استعمال حق من الحقوق التى يرتبها الزواج. لقد شرع الطلاق لتحقيق مقاصد معينة، هى إنهاء الحياة الزوجية التى فشل الطرفان فى تحقيق المصالح المتوخاة من الزواج، وتتمثل فى التعاون للإنجاب وتربية الأولاد ومقاسمة الطرفين حياة أساسها المودة والرحمة، ولم يشرع الطلاق لتمكين الزوج من الفرار من توريث زوجته، فيعد متعسفًا فى استعمال حق مشروع لتحقيق نتائج غير مشروعة بهذا الحق، فلا يقع تصرفه، ولهذا ترث منه المطلقة طلاقاً بائناً رغم انتهاء الحياة الزوجية حقيقة وحكماً. ولا يخفى أنه لا يرثها هو لو ماتت هى فى مرض موته، لانتهاء الزواج بينهما بطلاقه البائن، وقد وقع ذلك بسبب من جهته فيعامل به.

ومذهب الشافعية عدم توريث المطلقة فى مرض موت الزوج طلاقًا بائناً، لأنهم يرتبون الأحكام الشرعية على الأسباب الظاهرة دون المعانى الخفية[1] والقصد طبقًا لما تقدم.

﴿العواض المكتسبة﴾

تقدم معنى العواض المكتسبة التى تطرأ بفعل الإنسان واختياره وتؤثر فى أهليته. وفيما يلى بيان بمعنى أهم هذه العوارض المكتسبة وأبرز أحكامها.

---

(١) الأم للشافعي ٢١/٢ وما بعدها، ومغني المحتاج ٢٩٤/٢، المغني لابن قدامة ٢١٩/٦.

أولاً ـ السكر:

هو اختلاط الكلام والهذيان [1]، وينقسم إلى نوعين :

- أولهما: السكر بطريق مباح كالبنج والأدوية المتخذة للعلاج والخمر عند الاضطرار.
- والثاني: السكر بطريق محظور.

وحكم السكران بطريق مباح فيما يلى :

١ـ لا ينافى السكر أهلية الوجوب، فتثبت فى ذمة السكران الواجبات التى تنشأ أسبابها عند سكره، فلو أتلف مال غيره أو جرحه لزمه الضمان ووجب عليه التعويض.

٢ـ ينافى السكر أهلية الأداء، فلا يكلف بأداء ما وجب عليه من العبادة أثناء سكره، ولكن يجب عليه القضاء.

٣ـ لا تترتب على مثل هذا السكر عقوبة، فلا يحد حد الشرب ولا حد السكر، ولا تثبت فى حقه عقوبة تعزيرية بتعاطى هذا المسكر.

٤ـ ينافى السكر ترتيب المسئولية الجنائية لعدم توافر القصد والنية.

٥ـ لا تقع تصرفاته المختلفة، فلا يصح منه طلاق ولا عتاق وهو بمنزلة المغمى عليه الذى لا تترتب الآثار الشرعية على عبارته.

أما السكر بطريق محظور فتترتب عليه الأحكام التالية:

١ـ لا ينافى السكر أهلية خطاب التكليف، فيلزم السكران التكليف بالصوم والصلاة.

---

(١) تيسير التحرير ١٨٧/٢

٢ـ ينافي السكر أهلية الأداء في العبادات المختلفة، فلا يصح أداؤه للصلاة والصوم أثناء سكره.

٣ـ عدم الاعتداد بعباراته في الإقرارات والعقود والطلاق وهو مذهب الظاهرية والإمامية والليث بن سعد، وهو ما أخذ به مرسوم ١٩٢٩ في عدم إيقاع الطلاق بعبارة السكران، سواء سكر بمحرم أو مباح. ويخالف جمهور الفقهاء في ذلك فيذهبون إلى الاعتداد بأقواله في العقود والتصرفات المختلفة كالطلاق ويؤاخذ بها. ويعلل الآمدى (١) لنفوذ طلاق السكران بعبارته لأهليته لخطاب الوضع، فإن عبارته سبب للطلاق، ومتى وقع السبب وقع المسبب، كما جعل زوال الشمس وطلوع الهلال سبباً في وجوب الصلاة والصوم.

٤ـ تترتب المسئولية الجنائية على أفعاله ومعاقبته بها، فيجب عليه القصاص إذا قتل ويحد حد القذف إذا اتهم غيره أثناء سكره بارتكاب جريمة الزنا، ويقام عليه حد الزنا إذا ارتكب ما يوجبه.

٥ـ تترتب المسئولية المدنية أو الضمان على أفعاله، فلو أتلف مال غيره وجب عليه الضمان.

٦ـ لا يؤاخذ السكران إذا أقر أثناء سكره بارتكاب جريمة توجب الحد كالسرقة أو القصاص، وينتظر إلى حين إفاقته فإن أقر حال صحوه بما أقر به حال سكره أو ثبت ارتكابه الجريمة بدليل آخر عوقب عليها وإلا فإنه لا يؤاخذ بما أقر به حال سكره (٢).

---

(١) الإحكام للآمدي ١٤٠/١.

(٢) التوضيح ٣٧١/٢.

ثانياً ـ الهزل :

الهزل هو اللعب ويعنى النطق بلفظ لا يراد به معناه المألوف له فى الحقيقة أو المجاز. وينطبق هذا على المواضعة أو التلجئة التى تشبه البيع الصورى لحماية الإنسان ملكه من أن يأخذه أحد بغير سبب مشروع أو لحماية المتعاقد نفسه. وتظهر الحاجة إلى التلجئة فى مواقف عملية عديدة منها أن من كان مهدداً باستيلاء أحد على أرضه أو داره فإنه كان يتنازل عن ملكيتها لشخص يستطيع بسط حمايته عليها، فيلجئ إليه أرضه أو داره ببيع لا يقصد حقيقته، ولا أخذ ثمن ولا نقل ملك، بل لإسباغ الحماية القانونية والفعلية على ملكه. وقد يبيع الوكيل ما يبيعه على أنه يقصد إخفاء اسم الأصيل، وهذه قضية الاسم المستعار. وقد تظهر التلجئة بإظهار بدل فى العقد أكثر من البدل الحقيقى ابتغاء الشهرة والسمعة ، كأن يتفقا على خمسين ألفاً مهراً فى الظاهر وهو فى الواقع أقل من ذلك.

ويجرى على الهزل والمواضعة (التلجئة) الأحكام التالية :

١ـ الهزل لا ينافى أهلية الوجوب والأداء.

٢ـ لا ينافى الهزل اختيار مباشرة العقد والرضا به، وإنما ينافى اختيار الحكم والرضا به، وتوضيح ذلك أن اتفاق المتعاقدين على مهر بمائة ألف فى العلن، على أن تكون القيمة الحقيقية للمهر خمسين، يتضمن الرضا بهذا الاتفاق والدخول فيه ومباشرته بالفعل، لكنه لا يعنى رضاهما بحكم هذا الاتفاق واختياره.. وقبول الزوج فى العلن دفع هذه المائة ألف واختيار الزوجة أخذ هذا المبلغ فيما عبرا عنه لا تعنى رضاه بدفع هذه المائة ألف لأنهما رضيا بالقيمة الحقيقية للمهر المتفق عليها بالفعل، وهى الخمسون.

٣ـ بيوع الهازل وإجارته وسائر العقود التى يلحقها الفسخ باطلة عند الأحناف والحنابلة، لأن العاقدين ما قصدا العقد وإنما تظاهرا بعقده بالتلفظ بعبارات لا

يراد بها معناها الحقيقى أو المجازى فلم يصح العقد. لكن ذهب الشافعية إلى غير ذلك ورأوا انعقاد العقد بعبارة الهازل، لأنه أتى بالأركان والشروط ونطق باللفظ الدال على القصد والإرادة، والهزل لا اطلاع لأحد عليه، ويؤدى ادعاؤه وإبطال العقد به إلى تيسير التحلل من العقد لمن بدا له. إن الشافعية يكتفون بالنظر إلى الأسباب الظاهرة لبناء الأحكام عليها دون بحث فى المعانى الخفية [1] كما سبق.

٤ـ زواج الهازل وطلاقه ورجعته على الصحة لقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة». وهذه تصرفات لا تقبل الفسخ.

٥ـ إذا كانت المواضعة فى المهر كأن يذكرا فى العقد ألفين والاتفاق على ألف ورجعا عن المواضعة فاللازم على الزوج المسمى فى العقد، وهو الألفان. أما إذا اتفقا على بناء النكاح على المواضعة فالمهر المستحق هو الألف. وبهذا فإن الهزل يبطل التسمية فى الصداق ويرجع إلى الاتفاق الحقيقى، أو إلى مهر المثل إذا لم يمكن الرجوع إلى هذا الاتفاق فى المعاملات والمقاصد منها.

ثالثاً ـ السفيه:

السفه خفة تعترى الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل[2]. وعلى الترصف فى المال بالتبذير المجاوز للحد. وإنما اعتبر السفه من العوارض المكتسبة لأن السفيه يعمل باختياره على خلاف ما يوجبه العقل مع وجود العقل فلا يكون سماوياً. ويفترق السفيه عن المعتوه، لأن المعتوه يشبه المجنون فى بعض أفعاله وأقواله بخلاف السفيه فإنه لا يشابه المجنون ولكن يتبع أهواءه ويترصرف من غير نظر وروية فى عواقب تصرفاته.

---

(١) مغني المحتاج ١٦/٢، وحاشية ١١١/٤، والمغني لابن قدامة ٢١٤/٤.

(٢) التوضيح ٢٨١/٢.

ويترتب على السفه الأحكام التالية:

١ـ السفيه له أهليته الكاملة فى الوجوب والأداء، فيخاطب بالعبادات ويعاقب على ما يرتكبه من جنايات ويضمن ما يتلفه من أموال الناس.

٢ـ لا يدفع إليه ماله إذا بلغ سفيهاً لقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً﴾، وإنما يدفع إليه المال إذا بلغ سن الرشد لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾، والرشد هو الصلاح فى العقل والقدرة على حسن التصرف فى المال وحفظه ومعرفة المعاملات والمقاصد.

٣ـ يحجر على السفيه ويمنع من التصرفات المالية عند جمهور الفقهاء. ويستدلون لذلك بقوله تعالى: ﴿فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾، فقد دلت الآية على أن للسفيه وليًا يقوم مقامه فى إملاء كتابة ورقة الدين. ويستدلون كذلك بأن السفيه بإتلاف ماله وإسرافه يصير مطية لديون الناس ومظنة لوجوب النفقة عليه من بيت المال فيصير على المسلمين وبالاً وعلى بيت مالهم عيالاً، فيجب الحجر عليه دفعاً للضرر عن المسلمين ومن يعولهم.

ويخالف أبو حنيفة فى الحجر على السفيه، إذا طرأ عليه السفه بعد بلوغه رشيداً أو بعد بلوغه خمساً وعشرين سنة، دليله على ذلك أن الحجر عليه إهدار لأدميته وحفظاً لماله، وصون الأدمية مقدم على صون المال فيمتنع الحجر عليه.

ولا يخفى أن أدلة الجمهور القائلين بجواز الحجر على السفيه أقوى، من حيث المصلحة ومن حيث الاستناد إلى النصوص، فإن قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ عام فى السفيه الذى بلغ الخامسة والعشرين والذى لم يبلغ هذه السن، والذى اتصل سفهه بالبلوغ أو ظهر عليه بعد ذلك. وقوله تعالى: ﴿فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل

وليه بالعدل﴾ واضح فى أن إملاء شروط الدين ووثيقته ليس للسفيه نفسه، وإنما هو لوليه، فدل ذلك على أن له ولياً يتصرف فى أمواله، والتعبير بالوصف (سفيه) يدل على مناط العلة فى الحكم، وهو الاسم (السفه)، والحكم هنا هو تنصيب الولى.

٤ـ التصرفات التى يحجر على السفيه فيها هى التصرفات التى تحتمل الفسخ، ويملك العاقدان الرجوع فيها وإلغاءها، وهى التى تتعلق بالأموال بيعاً وشراءً وإجارة وقرضاً وهبة ووصية. أما التصرفات الأخرى التى لا تقبل الفسخ باتفاق الأطراف كالزواج والطلاق والزكاة والحج ودفع نفقة الزوج والأقارب فلا يحجر على السفيه فيها ولا يمنع منها.

٥ـ لا يحجر على السفيه إلا بحكم من المحكمة، ولا يرفع عنه الحجر إلا بحكم من المحكمة كذلك، فيما أخذ به عدد من الفقهاء، من بينهم الإمام أبو يوسف.

وحجة أصحاب هذا الرأى أن الحجر على السفيه للمصلحة، ويحتاج إثباتها والحكم بوجودها إلى من له الولاية العامة، وهو القاضى.

غير أن هناك اتجاهاً آخر فى الفقه الإسلامى إلى ثبوت الحجر بمجرد السفه دون حاجة إلى قضاء القاضى، لأنه هو السبب فى الحكم بالحجر، فيترتب المسبب على سببه، دون حاجة إلى أمر خارج عنه، وهو حكم القاضى. لقد ثبت الحجر على المجنون بجنونه وعلى الصغير بصغره فيثبت الحجر على السفيه بسفهه طبقاً لذلك.

السفيه فى القانون المصرى:

يرجع إلى الشريعة الإسلامية فى موضوعات الأهلية والحجر، لأنها كانت ـ وما تزال ـ تعتبر مكملة للقانون المدنى فى هذه الموضوعات.

وقد صدر قانون الولاية رقم ١١٩ فى أغسطس ١٩٥٢ وعدد مواده ٨٨ مادة متضمنًا النص على أن السفيه من بين من يشملهم الحجر من التصرفات المالية.

رابعاً - الخطأ

معنى الخطأ [1]:

الخطأ فى اللغة خلاف الصواب، وفى اصطلاح الأصوليين عبارة عن أن يفعل المرء فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً. وفى هذا المعنى جاء قوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾، أى لا يحق للمسلم أن يقتل مؤمناً على وجه العمد. وقوله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» أى الإثم، دون النتائج الأخرى من الضمان والمؤاخذة على الإهمال إن كان جسيماً ويمكن التحرز منه.

وقد يكون الخطأ فى الفعل بانتفاء القصد إليه، كما أنه قد يكون فى المحل أو النتيجة، وذلك بأن يقصد الفعل دون أن يقصد نتيجته. من الأول أن تأتى يده إلي زناد المسدس فتنطلق رصاصة تصيب شخصاً، ومن الثانى أن يطلق النار فى الهواء فيصيب شخصاً واقفاً فى شرفة عالية. ولا فرق بين الفعلين فى اعتبارهما من الخطأ.

---

(١) جاء في المادة ١١٥ من القانون المدني المصري أنه:
١- إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.
٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.
وفي المادة ١١٦ من هذا القانون تصحيح تصرف السفيه بالوصية أو بالوقف إذا أذنته المحكمة في ذلك.

أحكام الخطأ :

يترتب على الخطأ العديد من الأحكام، من بينها:

١ـ لا ينافى الخطأ أهلية الخطاب الشرعى بشقيه الوضعى والتكليفى، لأن خطاب الوضع لا يقتضى القصد أو العقل والتمييز وإنما يشترط له الأهلية لثبوت الحقوق والواجبات، وهى مرتبطة بالإنسانية كما تقدم، ولا ينافى الخطأ أهلية التكليف لأن الخطأ لا ينافى العقل والتمييز.

٢ـ يصلح الخطأ أن يكون عذراً فى سقوط حقوق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد، ويصلح شبهة فى العقوبة حتى لا يأثم المخطئ إثم القتل ولا يؤاخذ بحد ولا قصاص، لأنها عقوبات كاملة فلا تجب إلا إذا اكتملت الجريمة بالقصد إليها ونية فاعلها [١].

أما العقوبات التعزيرية فتتوجه إلى المخطئ إذا صحب الخطأ إهمال شديد أو تقصير، فإنه سبب لتخفيف العقوبات الحدية والقصاص، ولكنه لا ينفى استحقاق العقوبة التعزيزية، لأنه «لا ينفك ـ أى الخطأ ـ عن ضرب (نوع) تقصير وهو ترك التثبيت والاحتياط، فهو بأصل الفعل مباح وبترك التثبت محظور فيكون جناية قاصرة يصلح لجزاء قاصر» [٢].

وبهذا فإن الخطأ يصلح سبباً لتخفيف العقوبة الحدية والعقوبة بالقصاص، وهو مع ذلك محل لثبوت العقوبة التعزيرية، وهو لا يعد بهذا «مانعاً من التكليف فى نطاق العقوبات» مطلقاً حسبما فهمه بعض الكاتبين.

٣ـ لا يعد الخطأ عذراً لإسقاط حقوق العباد، فيجب معه الضمان والتعويض عما يتلفه المخطئ، ولذا لو أوقد النار فى حشائش حقله فانتقلت منه إلى حقل جاره

---

(١) التوضيح ٣٨٩/٢.

(٢) التلويح ٣٨٨/٢.

وأحرقت زرعه ضمن قيمة الزرع، ولو أطلق النار في عرس فأصاب شخصاً وجبت الدية[1].

٤ـ لا ينفي الخطأ وجوب الكفارة لأنه لا ينفك عن تقصير. وكفارة القتل الخطأ كما جاء في القرآن الكريم هي تحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

٥ـ لا تنفذ تصرفات المخطىء القولية ولا تقع عند الجمهور، فطلاق المخطىء لا يقع. فلو أراد أن يقول شيئًا معيناً، وسبق لسانه بكلمة الطلاق لم تطلق الزوجة. وكذا لو نطق بكلمة البيع لسيارته أو إجارتها أو غير هذا من العقود لم تقع منه، ولم يعتد بعبارته التي تلفظ بها على سبيل الخطأ. وفي هذا يخالف الأحناف، ويرون وقوع طلاق المخطىء وانعقاد العقود بعبارته، وذلك لصدور الألفاظ من مكلف له أهلية كاملة، فتنعقد عبارته سبباً لترتب الأحكام الشرعية عليها. كذلك فإن الأحكام الشرعية ترتبط بأسباب منضبطة ظاهرة يمكن الاطلاع عليها، والخطأ أمر باطن يتيسر ادعاؤه ولا يمكن ضبطه، وعلى الرغم من انعقاد العقود بعبارة المخطىء في مذهب الأحناف فإنهم يرون أن هذا الانعقاد حكمه الفساد، فينعقد العقد بعبارة المخطىء لكنه لا ينفذ لعدم القصد إليه.

أما الجمهور فيذهبون إلى عدم وقوع الطلاق وعدم انعقاد العقد بعبارة المخطىء لعدم القصد، والكلام إنما تترتب آثاره الشرعية بالقصد إليه، ولذا لم يعتد بكلام المجنون مع صدور صورته منه وموافقة ما يقوله للصورة التي ينطق بها صحيح العقل، غير أنهما افترقا في القصد وعدمه، إذ المجنون لا يقصد ما يقوله على خلاف الصحيح العقل.

---

(١) المبسوط ٢٨/٢٤.

والحاصل أن الأحناف يوقعون الطلاق بعبارة المخطئ خلافاً للجمهور، كما تنعقد العقود بعبارته عند الأحناف، وإن كان انعقادها هذا فاسداً فلا تنفذ بهذه العبارة، ويخالف الجمهور في هذا أيضاً، فلا تنعقد العقود عندهم بعبارة المخطئ مطلقاً.

خامساً - الإكراه

معنى الإكراه:

الإكراه في اللغة بمعنى القهر والمشقة. ويعرفه السرخسي بأنه: «اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الاختيار»[1].

وبهذا فإن الإكراه هو حمل الغير على القيام بفعل أو التلفظ بقول لا يريده ولا يسعى إلى تحصيل آثاره لو ترك وشأنه فيختار فعله اختياراً فاسداً، لأنه لا يختار الفعل أو عدمه، وهو صحيح الاختيار، وإنما يفعل ما يفعله باختيار فاسد لأنه يقدم على الفعل تحت وطأة الخوف من وقوع التهديد المكره به. ويفرق الأحناف بين الرضا بالشيء وإرادته وبين اختياره، وعندهم أن الإكراه يعدم الرضا دون الاختيار، لأن المكره يفعل ما يفعله باختياره الفاسد بين الإقدام على الفعل وبين وقوع التهديد.

وينقسم الإكراه إلى نوعين:

أولهما: الإكراه الملجئ، وهو الذي يكون فيه التهديد بالقتل أو قطع عضو، ومنه التهديد بمنع الطعام والشراب إلى الحد الذي يخاف منه على

(١) المبسوط ٣٨/٢٤.

سلامة النفس أو الأعضاء. ويعنى الإلجاء إفساد الاختيار وضعفه إلى الحد الذى يصير معه المكره آلة فى يد المكره الحامل على الفعل.

والثانى: الإكراه غير الملجىء أو الناقص الذى يكون التهديد فيه بضرب أو حبس أو قيد. وليس له حد معين، ويختلف ما يكون به هذا النوع من الإكراه باختلاف الأشخاص، وما يتسبب فى إلحاق الغم والحزن بالحبس والقيد والضرب [1].

ويلتحق به لذلك أن يكون التهديد بالضرب أو بالحبس أو القيد متعلقاً بفروع المكره أو أصوله أو ذى رحم محرم منه أو الزوجة أو غير ذلك ممن يمت إلى المكره بسبب، لأنه يوجب الاغتمام والحزن كذلك.

وفى المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران أن: «الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذوى رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضاً».

والمعيار الذى ذكره النووى هو القضاء بحصول الإكراه فى كل ما يؤثر العاقل الإقدام عليه حذراً مما هدد به، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة والأمور المخوف بها، فقد يكون الشئ إكراهاً فى شئ دون غيره، وفى حق شخص دون آخر» [2].

وبذلك فإن معيار الإكراه معيار نفسى مادى يستند إلى ما قام فى نفس المكره، مع النظر إلى الظروف الموضوعية التى انتجت هذا الأثر.

ويقترب من ذلك تعريف القانون المدنى المصرى للإكراه فيما يستفاد مما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٧، فهو رهبة يبعثها المكره فى نفس المكره إذا كانت هذه الرهبة قائمة على أساس، بمعنى أن ظروف الحال كانت تصور للطرف

---

(١) بدائع الصنائع ٧/١٧٦.
(٢) الأشباه والنظائر ٢٠٩.

الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الشرف أو الجسم أو المال.

أحكام الإكراه:

يترتب على الإكراه أحكام عديدة منها:

١ـ لا ينافى الإكراه أهلية الوجوب والأداء لوجود مناطهما وهو الإنسانية والعقل والتمييز.

٢ـ يعدم الإكراه الرضا بالاتفاق، لأن المكره يقدم على الفعل دون أن يكون راضياً به.

٣ـ يعدم الإكراه الاختيار عند جمهور الفقهاء، لأن المكره بتهديده بما يخاف منه على نفسه أو ماله أو عرضه لم يعد أمامه سوى الإقدام على الفعل المكره عليه، ولا يتوجه خطاب التكليف بهذا للمكره، لأن تحقق الاختيار شرط فى التكليف.

والإكراه الذى يمنع من التكليف هو الإكراه بغير حق. أما الإكراه بحق كإجبار القاضى الرجل على تطليق زوجته إذا آلى منها، وكإجبار المدين على بيع ماله للوفاء بدينه، فلا يمنع من التكليف.

ومذهب الأحناف أن الإكراه لا ينفى الاختيار، لأن المكرَه يقدم على الفعل باختيار منه لأخف الضررين، فمن أُكره على إتلاف مال لأحد وكان مهدداً بالقتل لو لم يفعل، فإنه يوازن بين تعريض نفسه للقتل وبين قيامه بإتلاف المال، وإذا لم يختر القتل لإحساسه بزيادة ضرره عن الضرر الذى يحدث من إتلاف المال فإنه يختار الأمر الآخر، وهو إتلاف المال. نعم، لا شك فى أنه لم يرض بالإتلاف أيضاً، لكنه اختاره ـ مع عدم رضاه به ـ تجنباً للقتل المهدد به.

٤ـ تبطل إقرارات المكره باتفاق العلماء، سواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجئ؛ فمن أقر تحت الإكراه بدين أو زواج أو طلاق كان اعترافه باطلاً ولا ينشأ به حق من الحقوق، لأن الإكراه حجة إذا صدر باختيار المقر، فإذا فسد هذا الاختيار لم يعتد بهذا الإقرار.

٥ـ تبطل عقود المكره المالية في المذهبين الشافعي والحنبلي، ولا أثر لعبارته التي تصدر تحت الإكراه فيما لو باع أو اشترى أو استأجر أو اقترض بناء على ذلك. أما الأحناف، فيرون أن عقود المكره صحيحة نافذة لكنها غير لازمة، فله أن يبطلها.

ومذهب المالكية أن عقود المكره فاسدة لكنها تصح بإجازته.

وبهذا يشترك الأحناف والمالكية في إلحاق عقود المكره بمرتبة من مراتب عدم الصحة، فالمالكية يقتربون من الشافعية والحنابلة في حكمهم بفساد عقود المكره، لكن الفرق بين موقف المالكية والمذهبين الآخرين أن عقود المكره تلحقها الصحة بإجازة المكره على حين لا تلحقها هذه الإجازة عند الشافعية والحنابلة.

أما الأحناف فيلحقون عقود المكره بأخف درجة من درجات البطلان، وهي مرتبة عدم لزوم عقود المكره المالية، وله أن يتحلل منها إن رغب في ذلك، فعقود المكره عندهم صحيحة نافذة لكنها غير لازمة كما تقدم.

٦ـ لا يقع زواج المكره وطلاقه ورجعته في المذهب الشافعي، ويوافق الحنابلة على بطلان طلاق المكره ورجعته.

أما الأحناف فيرون أن هذه تصرفات لا تقبل الفسخ وتقع مع الإكراه. وعندهم لهذا أن المكره لو طلق زوجته أو تزوج أو راجعها وقع الطلاق والزواج والرجعة، لأن هذه التصرفات لا تحتمل الفسخ.

٧- الإكراه سبب لإباحة الأفعال التى تبيحها الضرورة كشرب الخمر، وأكل الميتة ولحم الخنزير، وكالتلفظ بكلمة الكفر. فلو أكره على شئ من ذلك لم يعاقب به، ولا يعد الفعل جريمة، وهذا هو معنى إباحة الفعل. ومن هذا القبيل الإكراه على التلفظ بكلمة الكفر، فإنه سبب لإباحة هذا التلفظ، ولا يحكم بالردة ولا بعقوبتها لعدم قيام الجريمة.

٨- لا يعد الإكراه سبباً لإباحة الأفعال التى لا تبيحها الضرورة وتتعلق بالعدوان على البدن الإنسانى. فالإكراه على القتل أو الضرب لا يبيحه، لو كان فى امتناع المكره عن فعل ذلك هلاكه، لأن بدن غيره معصوم أيضاً. ولذا - لو أكره على قتل أحد لم يبح له القتل ويعاقب بالقصاص منه لو أقدم على القتل، حتى لو كان مهدداً به، لأن نفس غيره فى مثل عصمة نفسه، ولا يدفع الضرر بما يساويه أو بما هو أكثر منه. وإذا لم يكن الفعل مباحاً وظل على الحرمة فإنه يكون جريمة يعاقب عليها. وهذا محل اتفاق بين المذاهب. والخلاف فى نوع العقوبة ومن تلحق به، فأبو حنيفة ومحمد يوجبان القصاص على الحامل (المكره) الذى اتخذ الفاعل أداة له، ويوجب المالكية والشافعية والحنابلة القصاص على الحامل والفاعل معاً لتعديهما وحدوث القتل بفعلهما فيقتص منهما. أما أبو يوسف فقد انتهى إلى عدم إيجاب القصاص على الحامل (المكره) ولا على الفاعل لنقص جنايتهما، وهو يوجب العقوبة التعزيرية بدلاً من ذلك.

٩- لا يعد الإكراه سبباً لإباحة جرائم الحدود كالزنا والسرقة، فإن حرمة هذه الأفعال لا ترتفع بالإكراه الملجئ أو غير الملجئ، لكن تسقط العقوبة الحدية على الفاعل لانتفاء القصد الكامل، ولا تجب العقوبة الحدية كذلك على الحامل، وإنما تجب فى حقه العقوبة التعزيرية. وقد وقعت فى عهد عمر بن الخطاب قضية المرأة التى أقرت بالزنا فحكم عليها بالرجم. لكن على بن أبى

طالب ترافع فى شأن هذه المرأة بأن سألها عما حملها على الزنا، فقالت فى إجابتها: «كان لى خليط (راع) وفى إبله ماء ولبن، ولم يكن فى إبلى ماء ولا لبن، فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقينى حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثاً، فلـ ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد فسقانى. فقال على: الله أكبر، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه.

ويفرق بعض فقهاء الأحناف بين زنا الرجل وبين زنا المرأة، فيوجبون العقوبة الحدية على زنا الرجل دون المرأة، إذا حدث منهما بإكراه عليه، بناء على أن زنا الرجل لا يصدر منه إلا عن طواعية واختيار. ولا يفرق الجمهور هذا التفريق ويوجبون تخفيف العقوبة أو إسقاطها فى جرائم الحدود بوجه العموم. وهكذا فإن الإكراه يعد سبباً لإباحة الفعل المحرم في بعض الأحوال. على حين يعد سبباً لتخفيف العقوبة أو رفعها فى أحيان أخرى.

مقارنة بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية

تعريفها :

اتضح فيما سبق تعريف الحكم الشرعى لدى الأصوليين والفقهاء، وأنه طبقًا لما يفيده الخلاف بين الفريقين ـ هو الخطاب الشرعى المتعلق بأفعال المكلفين، أو هو الأوصاف التى تثبت لأفعال المكلفين بهذا الخطاب.

ويقابل الحكم الشرعى ما يعرف فى القوانين بالقاعدة القانونية؛ فإن الحكم الشرعى هو الهدف الذى يسعى الفقيه إلى الكشف عنه ومعرفته من أجل تيسير التزام المكلفين به وتطبيقه فى حياتهم، ويضم علم الفقه الأحكام الشرعية للعلاقات والأفعال الإنسانية فى جوانبها المختلفة. وتشكل القاعدة القانونية كذلك الهدف الذى يسعى المشتغلون بالدرس القانونى إلى تحصيله، وغايتهم تيسير تطبيقها فى الواقع الاجتماعى. ويتفق الحكم الشرعى والقاعدة القانونية فيما يتصفان به من العموم والتجريد. ويفترقان فى هذا عن الحكم القضائى أو واقعة الفتوى، لتلبسهما بواقع معين وظروف خاصة وأشخاص معينين.

الاختلاف :

يختلف الحكم الشرعى عن القاعدة القانونية فى مصدر كل منهما وطبيعته والأهداف التى يتغياها كل منهما، طبقاً لما نبينه فيما يلى:

١ـ من حيث المصدر: ترجع الأحكام الشرعية فى أصولها وقواعدها العامة إلى الوحى الإلهى قرآنا أو سنة. وتحيط هذه الأصول والقواعد المستندة إلى الوحى بأفعال المكلفين وبالعلاقات الإنسانية المختلفة، طبقاً لما عبر عنه علماء المسلمين. ودلت عليه نصوص الوحى. يقول الشافعى: «فليست

تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها» ، إما بالنص عليها أو بالإرشاد إلى وجه الحق فيها عن طريق العلامات والأمارات والأدلة التى نصبها الشارع للمجتهدين ليهتدوا بها. وهذه الإحاطة وهذا الشمول هو ما دل عليه قوله تعالى: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾، وقوله: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شئ﴾، وقوله: ﴿ما فرطنا فى الكتاب من شئ﴾.

أما الأصول التى ترتد إليها القاعدة القانونية فتختلف الآراء بشأنها اختلافاً بيناً، فيرى أتباع مدرسة القانون الطبيعى أن القاعدة القانونية ترجع فى أصلها إلى مبادئ القانون الطبيعى المركوزة فى النفس الإنسانية والثابتة الخالدة التى لا تتغير بتغير الزمان والمكان كالحق والعدل والخير والمساواة والحرية.

أما المدرسة التاريخية التى ظهرت فى القرن التاسع عشر فترد أصل القاعدة القانونية إلى البيئة الاجتماعية. وطبقاً لذلك فإن هذه المدرسة ترى أن القاعدة القانونية محكومة بتطور المجتمع، ومتغيرة بتغيره، وخاضعة لحاجات المجتمع وظروفه.

وترجع النظريات الوضعية أصل القاعدة القانونية إلى إرادة الدولة ومشيئتها؛ إذ يذهب أوستن Austin على سبيل المثال إلى أن القاعدة القانونية ليست إلا هذه الأوامر الموجهة من الأعلى إلى الأدنى. ولا يبعد كيلسن Kelsen عن هذا التصور. وتجتمع هذه النظريات الوضعية وما يماثلها فى رد أصل القاعدة القانونية إلى اختيار المشرع الوضعى وإرادته باعتباره هو الذى يصنع القانون.

ويبدو التباين واضحاً بين الأصل الذى يرجع إليه الحكم الشرعى فى الفلسفة التشريعية الإسلامية، وبين أصل القاعدة القانونية فى هذه النظريات

القانونية المختلفة. إذ تسلم الفلسفة التشريعية الإسلامية بأن الأحكام الشرعية ترجع إلى الله، وأنه هو مصدر هذه الأحكام، وبهذا ينحصر عمل المجتهدين فى الكشف عن الأحكام التى أوجب الله اتباعها، وتستند الدولة فى فرض هذه الأحكام إلى نوع من السلطة المستمدة من تكليف الله لها بذلك، على حين ترد النظريات الوضعية القانون إلى إرادة الدولة ومشيئتها طبقاً لما تقدم، كما ترده نظرية القانون الطبيعى إلى المبادئ الفطرية المركوزة فى النفس الإنسانية.

ويبدو عند النظر إلى افتراض صدور الأحكام الشرعية عن الله عز وجل، فيما تسلم به الفلسفة التشريعية الإسلامية، أن دور العقل الإنسانى فى الوصول إلى الحكم الشرعى محدود للغاية فى هذه الفلسفة، ويكاد ينحصر هذا الدور فى صياغة الأحكام الشرعية أو اكتشافها والتعبير عنها والعمل على تطبيقها فى الظروف العملية المختلفة. ولن يكون دور علم أصول الفقه طبقاً لهذا التصور سوى تحديد معالم المنهج الذى يمكن استخدامه للكشف عن هذه الأحكام الصادرة عن الله من أدلتها التفصيلية. وقد ركز الأصوليون ابتداء من عهد الشافعى على تأكيد الطبيعة الإلهية للأحكام الشرعية على نحو أدى إلى ضمور الوعى بحقيقة الدور الخلاق للعقل الإنسانى فى إحكام الصناعة الفقهية وتطورها، مما يستلزم البحث فى طبيعة الدور الذى يقوم به العقل الإنسانى فى الوصول إلى الحكم الشرعى.

وبادئ ذى بدء فإن الفلسفة التشريعية الإسلامية تسلم للعقل الإنسانى بدور بارز واضح فى الوصول إلى الحكم الشرعى على الرغم من ثانوية هذا الدور وتبعيته للطبيعة الإلهية للحكم الشرعى. ويبدو لى أحياناً أن غموض الدور الذى يقوم به العقل الإنسانى فى الكشف عن الأحكام الشرعية والوصول إليها مسئول عن كثير من الظواهر الخطيرة فى التاريخ الإسلامى،

كرفع الخوارج شعار «لا حكم إلا لله» بعد التحكيم بين على ومعاوية فى صفين،، وكإضفاء صفة القداسة على بعض الاجتهادات المذهبية إلى الحد الذى يعلن فيه الكرخى وجوب تأويل الآيات والأحاديث إذا بدت فى معناها الظاهر مخالفة لما رآه أئمة المذهب الحنفى. ولا يمكن وضع قضية تطور التفكير الفقهى واختلاف الأحكام وضعها الصحيح إلا بتحديد أبعاد الدور الذى يقوم به العقل الإنسانى فى الكشف عن الحكم الشرعى والوصول إليه، وهو ما يتطلب بحثاً خاصاً ألفت النظر إلى أهميته فى هذا السياق.

ومع ذلك فإن هذا الدور الذى يقوم به العقل الإنسانى فى الوصول إلى الحكم الشرعى واكتشافه دور يتشكل فى الفلسفة التشريعية الإسلامية من الأبعاد التالية :

١ـ يتضح الأصل الإلهى للأحكام الشرعية فى هذه القواعد الكلية والمبادئ والتشريعات المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية، مما يطلق عليه مصطلح «الشريعة» . وتشمل هذه المبادئ والتشريعات المحدودة العدد، فيما سيتضح بعد ذلك، أحكام العبادات وكيفياتها، كما تشمل فضلاً عن ذلك بعض التشريعات المتعلقة بالأسرة كالزواج والطلاق والمواريث، وبالعقوبات وبتسيير الجيوش والحروب كذلك، وبعض القواعد العامة كإيجاب العدل ورفع الحرج ومنع الضرر، وعدداً من التشريعات التفصيلية.

٢ـ يتضح التسليم بدور كبير للعقل الإنسانى فى الوصول إلى الأحكام الشرعية بإفساح المجال للاجتهاد الإنسانى، سواء كان هذا الاجتهاد فردياً أم جماعياً، وسواء تعلق هذا الاجتهاد بتفسير النصوص أم بتحديد مجال عملها وتطبيقها فى الواقع.

٣ـ ينطوى التفريق بين الاجتهادين الفردى والجماعى (الإجماع)، وإسباغ

نوع من الحجية القطعية للاجتهاد الأخير (الإجماع) على الاعتراف للعقل الإنسانى بدور مؤثر للغاية فى قدرته على الوصول للحكم الشرعى.

٤ـ اعتبار الأعراف والمصالح والاستحسان من الأصول يستند إليها المجتهد دليل على التسليم للعقل بدور أكثر استقلالاً من دوره عند الاستناد إلى الأصلين الأساسيين، وهما القرآن والسنة. ذلك أن الأعراف تتكون بفعل قوى عديدة فى المجتمع، وتستند إلى ما يقبله العقل السليم وإلى ما يحقق المصالح. وكذا فإن للعقل دخلاً فى التعرف على المصالح والمفاسد، ويعتمد الاستحسان على الموازنة العقلية بين الاحتمالات المختلفة لاختيار أقربها إلى العدالة والمصلحة.

٥ـ يكفى لإعمال العقل فى بحثه عن الحكم الشرعى بالاستناد إلى الأدلة السابقة ألا تتعارض مع نصوص القرآن أو السنة. ويكفى مجرد عدم التعارض الاعتماد النتيحة التى يصل إليه االعقل من وجهة النظر الأصولية.

النتائج :

ينتج عن هذا التحديد لدور العقل الإنسانى فى البحث عن الحكم الشرعى عدة نتائج، من بينها:

١ـ أن دور العقل الإنسانى تابع للنصوص وثانوى بالنسبة إليها، يتقيد بها أحياناً، ولا يتعارض معها فى كل الأحايين. ويبدو الإصرار على تقيد العقل بالنصوص الشرعية فى البحث عن الحكم الشرعى بإصرار كثير من فقهاء المذهب الحنفى على أن الأصل فى العقود والمعاملات والأشياء الحظر إلى أن يرد دليل الإباحة، كما يبدو الاكتفاء بعدم التعارض مع النصوص فى الاتجاه إلى أن الأصل فى الأشياء والمعاملات الإباحة ما لم يرد دليل الحظر والمنع.

٢ـ لا يختلف هذا التقييد لدور العقل فى الفلسفة التشريعية الإسلامية عن التقييد الذى تعرفه الفلسفات القانونية الوضعية بالنسبة لكل من المشرع والقاضى؛ إذ يلتزم المشرع، طبقاً لهذه الفلسفات، بالمفاهيم العامة supra norms التى يقوم عليها المجتمع، ويفرضها نظامه العام وأخلاقه وآدابه، وعلى المشرع أن يتقيد بهذه المفاهيم، بحيث لا يتعارض معها، ويتقيد القاضى فى اجتهاداته بنصوص القانون، فإن لم يوجد النص الذى يحكم الواقعة الماثلة أمامه اتجه إلى إعمال الأعراف والمبادئ العامة للعدالة. من ذلك ما نص عليه القانون المدنى المصرى فى الفقرة الثانية من المادة الأولى القاضية بأنه: «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة».

ويتضح من ذلك أن دور العقل الإنسانى مقيد فى الفلسفة التشريعية الإسلامية بالمبادئ التى أرستها النصوص الشرعية مثلما هو مقيد كذلك فى الفلسفات القانونية الوضعية بالأسس العامة الضابطة للنظام العام للمجتمع والتى تشكل أخلاقه وعقيدته وأساس العلاقات فيه.

٣ـ وظيفة العقل فى البحث عن الحكم الشرعى هى تحقيق المصالح الاجتماعية والفردية على السواء، دونما تضحية بالمصلحة الفردية إلا إذا تعارضت مع المصالح الاجتماعية. وهذا هو ما يلخصه ابن القيم بقوله: «حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله». وقد دل استقراء الأحكام الشرعية على أن قصد الشارع من هذه الأحكام هو حفظ الضرورات والحاجات والتحسينات. وعلى الفقيه المسلم واجب تحقيق هذه المصالح فى إطار عدم التعارض مع المبادئ الشرعية التى أوجبتها النصوص.

٤ـ إذا كان دور العقل هو دور التابع للنصوص فيما استقرت عليه الفلسفة التشريعية الإسلامية، فإن دور الوحى هو دور الحادى الهادى للعقل، وكل منهما يساند الآخر ويعاضده ويؤيده. وهذا محل اتفاق بين الجميع، وهو ما يعبر عنه الشاطبى بقوله: «فإذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ويتأخر العقل فيكون تابعاً، فلا يسرح العقل فى مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل» [1].

بين الحكم الشرعى والقاعدة القانونية:

على الرغم من هذا الدور الذى تعترف به الفلسفة التشريعية الإسلامية للعقل فإن الفقهاء والأصوليين فيتفقون على رد الأحكام الشرعية فى جملتها إلى الله سبحانه وتعالى، ولهذا تتخذ الأحكام الشرعية طابعها الدينى، سواء فى مجال المعاملات أو العبادات أو العقوبات أو العلاقات الدولية. ولهذا تستوجب مخالفة هذه الأحكام الأجرية الأخروية من العذاب فى النار، كما يؤدى امتثال هذه الأحكام الى المثوبة فى الجنة. ومن جهة أخرى فإن مجالات الحكم الشرعى تشمل الجوانب الخلقية والقانونية وأحكام الشعائر الدينية. وفى هذا تختلف القاعدة القانونية المنحصرة فى مجال التشريع والقانون عن الأحكام الشرعية . ومع ذلك فإنهما يتفقان فى القصد إلى ضبط العلاقات والسلوك الإنسانى.

وتظهر المقارنة بين الحكم الشرعى والقاعدة القانونية اختلافهما بوجه الإجمال فيما يلى:

١ـ الجزاء فى القاعدة القانونية جزاء معين تحدده القاعدة وتنفذه سلطات الدولة وتلتزم به المحاكم، أما الجزاء على مخالفة الأحكام الشرعية فهو

---

(١) الموافقات ٥٢/١.

حصول سخط الله ولعنته والإثم والعذاب الأخروى فضلاً عما قد يقع فى الدنيا من أجزية تلزم بها المحاكم وتنفذها سلطات الدولة، وذلك كالعقوبات فى الحدود وكالحكم بصحة العقود أو فسادها أو ثبوت النسب ووجوب المهر فى الزواج.

٢ـ تفسح الأحكام الشرعية مجالاً أكبر للاعتراف بتأثير القصود والنوايا، وذلك لأن الأعمال بالنيات ، طبقاً للحديث الذى بدأ به البخارى صحيحه. وهذا هو ما تضمنته القاعدة الفقهية القاضية بأن العبرة فى العقود بالقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى.

٣ـ موضوع الأحكام الشرعية ومجالها الذى تتعلق به هو أفعال المكلفين ، فعلاً أو تركا أو تخييراً أو وضعاً، كما أن هذه الأحكام تحد للمكلفين الحدود التى يلزمهم اتباعها فى أفعالهم وأقوالهم واعتقاداتهم، طبقاً لما عبر عنه الشاطبى [١].

أما القواعد القانونية فتتعلق بالروابط والعلاقات الاجتماعية لتحديدها عن طريق إنشاء الحقوق وحمايتها. ولهذا فإن دراسة الحقوق هى دراسة القانون. والأمر بإيجاز أن موضوع الأحكام الشرعية هو هذه التكاليف التى ألزم بها الله سبحانه، على حين أن موضوع القواعد القانونية هو هذه الحقوق. وبعبارة أخرى فإن الأحكام الشرعية تركز على التكاليف فى ضبط السلوك الفردى وتنظيم العلاقات الاجتماعية على حين أن القواعد القانونية تتخذ من إقامة الحقوق أسلوبها لتنظيم العلاقات والروابط الاجتماعية.

---

(١) السابق ٥٢/١.



القسم الثاني
﴿ الأدلة الشرعية ﴾

تقديم:

الأحكام الشرعية هى الثمرة التى يطلبها الفقيه لضبط العلاقات الاجتماعية والحكم على الأفعال الإنسانية لهؤلاء الذين يرجون تنظيم شئون حياتهم الفردية والاجتماعية وفق الأصول الشرعية التى جاءت فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذه الأصول هى الأسس أو الأدلة التى تبين الحكم الشرعى وترشد إليه.

ومبحث الأدلة الشرعية من المباحث الأربعة الأساسية التى درج الأصوليون على الاهتمام بتناولها. ويعد كتاب الرسالة للإمام الشافعى كتاباً فى الأدلة الشرعية لتحديدها وبيان مراتبها واستبعاد ما لا يريده الشافعى منها فى إطار نظريته الأصولية. وإنما أولى الأصوليون هذا الاهتمام بالأدلة الشرعية لعدة أسباب من بينها:

١ـ الدفاع عن وجوب الاعتضاد بالأدلة الأساسية فى وجه هؤلاء الذين ينكرونها،

وهذا هو سبب اللجوء إلى هذا الأسلوب الجدلى فى الحجاج والانتصار لكل دليل فيما تحتشد به كتب الأصول وتتداوله.

٢ـ تحديد مراتب هذه الأدلة فى استنباط الحكم الشرعى منها وتفسيرها عند التعارض بينها.

ومن الناحية العملية فقد كانت الأدلة الشرعية مصادر مباشرة للحكم القضائى فى فترة تطور الفقه الأولى ولذا فقد كان القضاة والخلفاء يبحثون عن حكم السنة فيما يعرض لهم من قضايا، فقد جاءت الجدة تلتمس ميراثها من أبى بكر فقال: «مالك فى كتاب الله شئ وما علمت لك فى سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعى حتى أسأل الناس، فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس، فقال: هل معك غيرك، فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبة فأنفذه لها» [١].

فقد رجع أبو بكر إلى سنة النبى ﷺ على نحو مباشر، وأجل الفصل فى القضية ريثما يتمكن من هذا الرجوع بسؤال الصحابة.

ومن هذا القبيل فى الميراث أيضاً أن أبا موسى الأشعرى سئل عن ابنةٍ وأبنة ابن وأخت، فقال للابنة النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود، فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبى موسى فقال: لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين، أقضى فيها بما قضى النبى ﷺ: للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين، وما بقى فللأخت» . وهكذا يرجع ابن مسعود إلى سابق قضاء النبى ﷺ فيقضى به مباشرة، ويعدل رأى أبى موسى على هذا النحو الذى رأيناه.

أما فى العصور التالية، وبعد نشأة المذاهب الفقهية، فقد أصبح القضاة

---

(١) الحديث وتخريجة في نيل الأوطار، ١٧٥/٦.

يستندون إلى مصادر مباشرة أخرى، هى الرأى الراجح فى المذهب الذى يستندون إليه، فأصبح القضاة فى البلاد التى تطبق المذاهب الحنفى ملتزمين بالرأى الراجح فى هذا المذهب بعد أن جرى تصنيف الآراء التى عبر عنها فقهاء هذا المذهب إلى راجح ومرجوح، وتمثل المصدر المباشر لأحكام القضاة والمفتين طبقاً لذلك فى آراء علماء المذهب وما اعتبروه راجحاً من هذه الآراء، على حين ظلت أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع هى الأصول التى قامت عليها هذه الآراء الراجحة. وهذا هو الذى دفع بعض علماء الذهب الحنفى إلى القول بأنه إذا خالفت الآية من القرآن قول علماء المذهب فيجب حملها على النسخ أو التأويل.

وقد ورد فى أصول الكرخى ما يؤكد ترتيب المصادر التى يرجع إليها القضاة والمفتون فى استنباط الحكم الشرعى ومعرفته على هذا النحو المختلف عما كان عليه الحال أيام الصحابة، وعبارة الكرخى فى هذا فيما يلى:

«١ـ الأصل أن الحادثة إذا وقعت ولم يجد المسؤول فيها جواباً أو نظيراً فى كتب أصحابنا فإنه ينبغى له أن يستنبط جوابها من غيرها، إما من الكتاب أو السنة.

٢ـ الأصل أن كل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النسخ أو على الترجيح والأولى أن تحمل على التأويل من جهة التوفيق.

٣ـ الأصل أن كل خبر يجيء بخلاف قول أصحابنا فإنه يحمل على لنسخ ثم صار فيه إلى دليل آخر أو الترجيح فيه بما يحتج به أصحابنا من وجوه الترجيح أو يحمل على التوفيق، وإنما يفعل ذلك على حسب قيام الدليل، فإن قامت دلالة النسخ يحمل عليه وإن قامت الدلالة على غيره صرنا إليه».

وفيما بعد أصبحت التقنينات والمنشورات والفرمانات مصادر مباشرة لعمل القضاة وتحديد الأحكام الواجب العمل بها، ولعل مجلة الأحكام العدلية من أهم ما يعبر عن هذا المصدر.

وكانت السوابق القضائية مصدراً له حجيته هو الآخر فى عمل القضاة، ويعبر العمل الفاسىّ بقوة عن اعتراف النظرية الأصولية الإسلامية بهذا المصدر فى التعرف على الحكم الشرعى الواجب التطبيق.

وظل العرف مصدراً ذا طبيعة ثانوية فى احتكام القضاة إليه حسبما يأتى توضيحه فيما بعد، وقد حظى هذا المصدر باعتراف الأصوليين وتقديرهم فأفردوا له حيزاً مناسباً ضمن الأدلة الشرعية.

ومن هذا كله يتضح أن النظرية الأصولية لم تتسع لبيان جميع المصادر التى قبل الفقهاء والقضاة والمفتون العمل بها واعترفوا باسباغ الحجية عليها فى التطبيق الواقعى.

وقد دأب الأصوليون على تناول مصادر بعينها، ولم يتناولوا أدلة لها أهمية عملية - كالتخير من الآراء الفقهية - إلا على نحو عرضى، ووقع الكاتبون المحدثون أسرى هذا التناول القديم فلم يتعرضوا فى سردهم الأدلة الشرعية للتقنين على الرغم من أهميته الفائقة وتغلغله فى مجالات الأحوال الشخصية وغيرها.

إن تعرف القاضى المسلم على الحكم الشرعى يتم من خلال الرجوع للتقنينات وآراء الفقهاء والأصول الشرعية العامة المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، وعلى النظرية الأصولية الحديثة أن تتسع لكل هذه المصادر وأن تناقش مدى حجية كل منها وعلاقته بغيره.

معنى الدليل:

الدليل فى اللغة هو «المرشد والهادى»، فدليل القوم مرشدهم وهاديهم إلى مقصودهم، وهو فى اصطلاح الأصوليين ما يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبرى. فقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ يرشد القاضى ويهديه إلى الحكم الواجب فيما لو عرضت عليه قضية

قتل توافرت فيها شروط القصاص. وهذه الآية دليل في المفهوم الأصولي، لإمكان التوصل بالنظر فيها وفهمها إلى الحكم الشرعي. والعرف دليل هو الآخر للتوصل بالنظر فيه ومتابعته إلى الحكم الشرعي، فلو أودعه سيارة لحفظها فتركها في الشارع حتى أفسدها التراب والصدأ كان للقاضي أن يحكم بالضمان إذا رأى أسلوب الحفظ مخالفاً للعرف في ذلك، فقد دل العرف القاضي على الحكم الواجب، والمطلوب الخبرى هو الحكم بالضمان والتعويض في هذا المثال.

وينطبق هذا أيضاً على التقنين المستمد من الشريعة الإسلامية وعلى آراء الفقهاء بالنسبة للمقلد. غير أن اشتمال تعريف الدليل على قيد التوصل للحكم «بصحيح النظر» يستبعد مثل هذه الأدلة التي لا يتوافر فيها هذا القيد معه الدليل بمعناه الأصولي، لأن «صحيح النظر» خاص بالمجتهد ولا قدرة للمقلد عليه.

ويقيد بعض الأصوليين الدليل بما يفيد القطع في الدلالة على الحكم الشرعي، أما إن أفاد الظن في الدلالة على الحكم الشرعي فإنه يكون أمارة لا دليلاً.

الدليل الشرعي والعقلي:

ينقسم الدليل بحسب مصدره إلى أن يكون دليلاً مصدره الشرع ويعتمد على النقل في تحصيله وإلى أن يكون دليلاً مصدره العقل، وإلى أن يكون دليلاً مركباً منهما.

أما الدليل الشرعي فالكتاب والسنة والإجماع وشرع من قبلنا، لأن كلا من ذلك يعتمد على النقل ولا يفتقر إلى النظر والعقل للحكم بحجيتها رغم أنه لا تنافي بين هذه الأدلة وبين ما يرشد إليه العقل الصحيح.

وأما الدليل العقلي فهو الذي يرجع إلى النظر الإنساني ومناهج التفكير والمنطق. من ذلك القول في الدلالة على حدوث العالم: العالم مؤلف وكل مؤلف

حادث فيلزم عنه العالم حادث [1].

ومن الدليل العقلى المعارف البدهية والضرورية والحسية التى تقوم على التجربة والملاحظة.

أما المركب منهما فهو الذى يتألف من الدليل العقلى والشرعى، كقولنا فى الدلالة على تحريم النبيذ: النبيذ مسكر وكل مسكر حرام لقوله ﷺ: كل مسكر حرام فيلزم عنه النبيذ حرام [2].

وأكثر الأدلة المستخدمة فى الفقه من هذا النوع، لأن كل واحد من العقلى أو الشرعى مفتقر إلى الآخر لا يستغنى عنه، لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر ، كما أن الرأى لا يعتبر شرعاً إلا إذا استند إلى النقل.

الأدلة القطعية والظنية:

تنقسم الأدلة بالنسبة لإفادتها اليقين والظن من حيث السند أو النقل والدلالة إلى الأنواع التالية :

١ـ أدلة قطعية من حيث السند والدلالة، وذلك كقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[1]. وإنما كانت الآية قطعية السند، لأن القرآن كله مروى بطريق التواتر، والتواتر معناه رواية جمع عن جمع يمتنع فى العادة الاتفاق على الكذب، أو الاشتراك فى الخطأ. وهذه الآية تفيد القطع فى الدلالة على عقوبة القاذف بثمانين جلدة، لأن كلمة ثمانين لا تحتمل غير الدلالة على هذا العدد، ومعنى قطعى الدلالة إفادة المعنى المطلوب على نحو لا يحتمل غيره.

---

(١) الإحكام ١٢/١.

(٢) السابق.

٢ـ أدلة ظنية من حيث السند والدلالة، وذلك كأخبار الآحاد التى لا يتعين مدلولها فى معنى واحد، لا يحتمل غيره. من ذلك نهى النبى ﷺ عن بيع المرء ما ليس عنده، فقد يحمل على المنع من بيع ملك غير المعين، كبيع سيارة الجار، وقد يحمل على بيع المرء ما لا يملكه عموماً، كبيع مائة إردب قمحاً ليست فى مخازن البائع، وهو ما وردت إباحته فى عقد السلم، وهو بيع شئ مؤجل التسليم مع قبض ثمنه فى الحال، بأدلة مخصوصة. وإنما لا تفيد اليقين هذه الأخبار المروية عن طريق آحاد الرواة الذين لم يبلغوا مبلغ التواتر لاحتمال كذب الراوى أو خطئه، ويظن صدق الراوى فيما يبلغه إذا اجتمعت فيه شروط العدالة والضبط، لكنه مجرد ظن غالب يترجح معه الصدق على الكذب والضبط على الخطأ.

٣ـ أدلة قطعية من حيث السند ظنية من حيث الدلالة، وذلك كآيات القرآن الكريم التى لا تدل بنفسها على معنى واحد لا يحتمل غيره، من ذلك قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، فالآية قطعية السند لتواترها، ولكنها تدل على احتساب مدة العدة للمطلقة بثلاثة قروء، وكلمة قرء (مفرد قورء) من المشترك، وتستخدم فى معنى الحيض أو الطهر، فإذا حملناها على معنى الحيض كانت عدة المطلقة ثلاث دورات شهرية من تاريخ الطلاق، وإذا حملناها على معنى الطهر كانت عدتها بالفترات التى تعقب الحيض، وقد أخذ بكل من هذين الاحتمالين بعض الأئمة.

٤ـ أدلة ظنية من حيث السند قطعية من حيث الدلالة، من ذلك ما تمسك به الأحناف فيما روى مرفوعاً من قوله ﷺ : «الخمر من هاتين الشجرتين» أى النخل والعنب، فهذا الحصر قطعى فى الدلالة على أن الخمر لا تتخذ مما سوى البلح والعنب. وهذا الحديث لم يثبت ثبوت المتواتر حتى رفض الاستدلال به جمهور الفقهاء. وقوله ﷺ : «لا تنكح المرأة على عمتها ولا

على خالتها» واضح فى الدلالة على تحريم الجمع فى الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها، غير أن الحديث من أحاديث الآحاد.

ومن هذا يتضح تنوع مراتب الأدلة من حيث قطعية الثبوت والدلالة أو ظنيتهما على ما تقدم من ذكر هذه الأقسام.

مراتب الأدلة :

تتنوع الأدلة الشرعية إلى أدلة نقلية وعقلية، وتشتمل النقلية على القرآن والسنة، ويصلح كل دليل من هذه الأدلة لظهور الحكم الشرعى به ومعرفته منه. غير أن أصل هذه الأصول هو القرآن الكريم. يقول الآمدى: «والأصل فيها - أى الأدلة - إنما هو الكتاب، لأنه راجع إلى قول الله تعالى المشرع للأحكام، والسنة مخبرة عن قوله تعالى وحكمه» [1]. ومعناه أن القرآن هو أصل الأصول لأنه كلام الله عز وجل، وهو المشرع للأحكام، أما السنة فهى تفسير له وإخبار عنه بعبارة الرسول ﷺ ، والإجماع راجع إلى القرآن والسنة لاستناده إليهما وكذا القياس والمصلحة والعرف.

ومن جهة أخرى، فإن القرآن هو الأصل فى حجية هذه المصادر الأخرى، فقد ثبتت حجية السنة بالأمر المتكرر فى القرآن بوجوب طاعة الرسول، كما ثبتت حجية الإجماع والقياس والأدلة الأخرى بالقرآن أيضاً حسبما يأتى توضيحه.

وفيما يلى تفصيل الحديث عن هذه الأدلة.

(١) الإحكام ١/٧١٤.

المصدر الأول

﴿القرآن الكريم﴾

التناول الأصولى:

يتناول قدماء الأصوليين ومحدثوهم جملة مسائل بعينها عند حديثهم عن هذا المصدر، وتكاد تنحصر هذه المسائل فى تعريف القرآن الكريم وحجيته المستندة إلى نقله بالتواتر والخلاف فى اعتبار البسملة فى أوائل السور آية من آياته، والاحتجاج بالقراءات الشاذة وكونه عربيًا لا يشتمل على ألفاظ غير عربية، والخلاف فى تطرق المجاز إليه. والمعيار الذى فرض تناول هذه القضايا هو اشتداد الخلاف بين الاتجاهات الأصولية والكلامية والفقهية فى أكثر هذه المسائل، حتى بات تناول الأصولى القديم لها أمراً ضرورياً، ثم تابعهم المحدثون فى تناولها عند الحديث عن هذا المصدر.

والمعيار الذى يجب أن يحكم تناول هذا المصدر فى أصول الفقه هو دور هذا المصدر فى التشريع الإسلامى، فيجدر التعرف فى هذا الإطار على طبيعة التشريعات القرآنية وخصائص هذه التشريعات ومجالاتها وكيفيات تفسيرها، أما القضايا الجزئية الخلافية كاعتبار البسملة آية أو دخول ألفاظ مجازية أو غير عربية فى القرآن فيلزم تناولها فى مجالها المناسب لها فى فروع الفقه والبلاغة والتفسير.

وسأقتصر هنا فى تناول هذا المصدر على القواعد العامة المتعلقة بتوضيح دور هذا المصدر فى التشريع الإسلامى.

التعريف بهذا المصدر:

درج الأصوليون على ذكر تعريف للقرآن يشير إلى خصائصه أكثر من أن يعرف به، فالقرآن أشهر من أن يعرف. ومن هذه التعريفات قولهم بأن القرآن هو

كلام الله المعجز المنزل على رسوله ﷺ بلفظه العربى ومعناه المكتوب فى المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواتراً [1]. ويفيد هذا التعريف تميز القرآن الكريم بالخصائص التالية :

١ـ القرآن من جنس الكتب المنزلة من لدن الله عز وجل، غير أنه يتميز عنها فى أنه الكتاب المحتج به فى الشريعة الإسلامية.

٢ـ نزل القرآن الكريم بلفظه ومعناه، وهو الوحى المتلو المتعبد بتلاوته المعجز بلفظه ومعناه، بخلاف السنة، فإن معناها من الوحى ولفظها من عند الرسول ﷺ، ولا يتعبد بتلاوتها.

٣ـ القرآن الكريم منقول إلينا نقلاً متواتراً، أى رواه عن الرسول جمع كبير من الصحابة لا يمكن اتفاقهم على الكذب أو الخطأ، واستمر هذا التواتر فى النقل جيلاً بعد جيل، ولذا فإن القراءات الشاذة التى لم يتواتر نقلها ليست قرآناً.

٤ـ القرآن معجز فى نظمه ومعناه وفى تشريعاته التى تتميز عن التشريعات البشرية فى الضبط والصياغة والعدالة ومراعاة المصالح، ويكفى تدبر آيات المواريث فى سورة النساء لمعرفة هذا الإعجاز التشريعى للقرآن الكريم. ويظهر هذا الإعجاز فى تحدى القرآن الناس أن يأتوا بمثله أو بسورة من مثله وعجزهم عن ذلك.

كما يظهر أيضاً فى سمو تشريعاته التى يتضمنها عند مقارنتها بالتفكير القانونى.

طبيعة التشريعات القرآنية:

تتسم التشريعات القرآنية بالخصائص التالية :

١ـ لا تتجاوز آيات الأحكام فى القرآن من حيث العدد خمسمائة آية فى تقدير

---

(١) الإحكام للآمدي ١٤٧/١، والمستصفى للغزالي ٨٦/١.

عدد كبير من العلماء. أما من حيث الموضوعات التى تتناولها هذه الآيات فتتنوع تنوعًا كبيراً، حيث تشمل تنظيم علاقة الفرد بالخالق (العبادات) وعلاقة الفرد بغيره داخل الأسرة (الزواج والطلاق والميراث والنسب والتبنى)، وعلاقة الفرد بغيره فى المجتمع (المعاملات) وعلاقة الفرد بالدولة، والدولة بغيرها من الدول فى أحوال السلم والحرب، وباختصار فإن القرآن قد عنى بوضع التشريعات التى يحتاجها أى مجتمع ينشد التحضر والرقى لتنظيم العلاقات فيه.

٢ـ تتسم هذه الأحكام التى تناولها القرآن بالعموم والشمول لكل ما يحتاجه المسلم فى تنظيم حياته وفق ما يريده الشارع. وهذا هو معنى قوله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء﴾ وقوله: ﴿ما فرطنا فى الكتاب من شيء﴾. ويستنتج الشافعى من هاتين الآيتين وما يماثلهما أساساً هاماً من أسس نظريته الأصولية، هو بعبارته: «كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة». ويقول: «فليس تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها». وأساس النظرية الأصولية التى عبر عنها الشافعى وتابعه فيها مَنْ بعده من الأصوليين أن القرآن قد بين أحكام الوقائع والنوازل والمشكلات التى يواجهها الفرد أو المجتمع، وذلك إما بالنص على هذه الأحكام بشكل مباشر أو بالإحالة إلى إلى ما يبنها وهو السنة، وإما بتحديد المبادئ العامة وطلب الاجتهاد فى إطار هذه المبادئ للوصول إلى التفصيلات المطلوبة.

٣ـ تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام بالإيجاز الشديد مع توافر الدقة والوضوح. ولذا اجتهد الفقهاء فى استنباط حكم تشريعى من إيثار القرآن استخدام كلمة دون غيرها أو حرف أو إسناد فعل إلى فاعل أو غير ذلك مما لا يلتفت إليه كبار المتخصصين إلا بمشقة بالغة. من ذلك أن الفقهاء استنتجوا

وجوب تمليك المستحقين للزكاة أنصباءهم بقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾، إذ تفيد اللام معنى التمليك، ولذا فإنه لا يحق للمزكي، طبقاً لهذا الرأى، إنشاء مصنع بأموال الزكاة على أن يكون ريعه لأصناف المستحقين، إذ يشترط أن يملكوا أعيان الواجب لهم دون منفعته. ولو وجب على شخص ألف جنيه زكاة لم يجز له أن يضعها فى مشروع وينفق ريعها على المستحقين، ولا تبرأ ذمته مما وجب عليه إلا بإخراج هذا الواجب وتمليكه إلى مستحقيه، وإنما استنبط الفقهاء هذا الحكم من تعبير القرآن باللام فى قوله: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾.

وقد استنبط الأحناف حق المرأة البالغة الكاملة الأهلية فى تزويج نفسها بدون وليها من إسناد النكاح إليها فى قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾، ومعناه أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لمطلقها إلا إذا تزوجت غيره، والفاعل فى قوله ﴿تنكح زوجاً﴾ ضمير مستتر تقديره هى، فلزم من ذلك فى تقدير علماء المذهب الحنفى أن للمرأة الحق فى تولى عقد زواجها بنفسها، ولا يشترط قيام وليها بالتعاقد عنها.

٤- تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام فى القرآن بالتركيز على القواعد الكلية التى تندرج تحتها التفصيلات والفروع، من ذلك التعبير عن مبدأ حرية التعاقد ووجوب الوفاء بالعقد بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾، والتعبير عن حفظ حقوق الملكية بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾. ولا يخفى تنوع المضامين التشريعية لهذين المبدأين اللذين يعبران عن روح النظام التشريعى الإسلامى كله.

ومن هذا أيضاً تأكيد الالتزام بالعدالة فى آيات عديدة حتى أوجب القرآن عدم التأثر بالخصومة أو العداوة فى الانحراف إلى الظلم وعدم العدل، وذلك بقوله تعالى: ﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على قوم ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾.

ويلفت القرآن أنظار المسلمين كذلك إلى وجوب عدم التأثر بقرابة أو صداقة أو اتجاه فكرى فى الانصراف عن العدل، فالواجب أن يكون المسلمون قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسهم أو والديهم أو أقربائهم، كما أن عليهم ألا ينتصروا لأحد على غيره لفقر أو غنى.

وفى الزواج تأتى هذه القاعدة: «إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» لتشكيل أساس العلاقة التى وصفها القرآن بأنها علاقة تقوم على المودة والرحمة.

وتأتى قاعدة القصاص فى العدوان على البدن الإنسانى بالقتل أو الجرح لتحدد أساس العقوبة فى هذه الجرائم إذا كانت على وجه التعمد، أما إذا كانت على وجه الخطأ فلا يشير القرآن إلا إلى الواجب المالى لتعويض المجنى عليه وأسرته بالدية.

وقد ترتب على هذه الطريقة فى الصياغة عدة نتائج، منها:

- الحفاظ على ما هو ثابت فيما تقتضيه الحياة الإنسانية من مبادئ لا تقبل التغيير، كحرمة الملكية الخاصة ووجوب الوفاء بالعهود ومنع الضرر وإيجاب القصاص فى الجنايات.
- إفساح المجال أمام التغيير فى تفصيلات الحياة الاجتماعية المتغيرة كإلحاق مستحدثات التعامل بما يلائمها من القواعد، وقد أدرك فقهاء الصحابة منذ البداية أهمية القياس فى إلحاق أحكام المشكلات التى جدت عليهم بالقواعد الثابتة المنصوص عليها.

وفى هذا يقول ابن القيم: «الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو هذا، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه. والنوع الثانى: ما

يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة، وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثير من الناس الأحكام الثابتة اللازمة التى لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجوداً وعدماً» [1].

- تحققت للنظام التشريعى الإسلامى هذه المرونة التى اكتسبها فى التطبيق العملى فى ظروف زمانية ومكانية بالغة التعقيد والتنوع بفضل التركيز فى الصياغة على القواعد الكلية وفتح الباب للاجتهاد فى مواجهة الظروف المتغيرة والإفادة من الخبرة الإنسانية وتطور التفكير.

ولعل المثال الذى ذكره ابن القيم فى موضوع الحدود والتعزيرات أن يوضح هذه الحقيقة، ذلك أن الشارع قد حدد العقوبة فى مجالات معينة، وترك للقاضى ولولى الأمر تقدير العقوبة فى مجالات التعزيرات بما يتيح للمجتمع مواجهة الجرائم المستحدثة والإفادة من تطور التفكير الإنسانى فى مواجهة الجريمة والحفاظ على المصالح الاجتماعية. وإذا كان التعزير يتيح للقاضى النظر فى ظروف الجانى وأحواله واختيار عقوبة تناسبه فإن من الممكن الاستفادة بما حققه الفكر الجنائى فى اتجاه تفريد العقوبة Individualisation of Penalty لاسترشاد القاضى فى تحديد العقوبة التعزيرية المناسبة.

أسلوب القرآن فى مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة:

لم يعمد القرآن إلى أسلوب الهدم الكامل للأوضاع الاجتماعية السائدة فى المجتمعات الإنسانية عند نزوله، وإنما اتبع أسلوباً مزدوجاً من الإقرار للأوضاع الاجتماعية التى لا تتناقض مع الأصول الأخلاقية والاعتقادية التى ألزم بها أتباعه

---

(1) إغاثة اللهفان، ٣٤٦/١.

من جهة، والهدم للأعراف التى تتناقض مع هذه الأصول من جهة أخرى.

ويوضح ذلك من الزواج الإبقاء على الخطبة ونوع الزواج الدائم الذى يقوم على الاستقرار والمودة مع هدم كل صور العلاقات الأخرى، مثل البغاء ونكاح الأخدان أو تعدد أزواج المرأة الواحدة. وفى الميراث لم يكن للنساء حق الإرث فى المجتمع العربى قبل الإسلام فهدم القرآن هذه الأعراف وأثبت لهن الحق فيه، ولم يكن يحق للمرأة تملك المال فى بعض المجتمعات فجاء القرآن بما يؤكد أنه لا فرق بين الرجل والمرأة فى هذا طبقاً لقاعدة «للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن».

وقد عالج القرآن موضوع انتشار الثأر فى المجتمعات القبلية عن طريق إثبات الحق فى القصاص وتقييد تعلق هذا الحق بالجانى المسئول مسئولية شخصية عن القتل أو الجرح، وهذا هو ما تفيده قاعدة (النفس بالنفس، والجروح قصاص) لتمنع مسئولية القبيلة أو الأسرة كلها عما يجنيه أحد أفرادها، وهو الأساس الذى تقوم عليه قاعدة الثأر.

وقد ركز القرآن فى إحداث التغيير فى الأوضاع الاجتماعية السائدة وقت نزوله على غرس المبادئ الخلقية والاعتقادية التى تأتى المفاهيم القانونية والتشريعية ترجمة لهذه المبادئ الأساسية فى المجتمع ببيان الحقوق والواجبات المترتبة عليها. ولذا نجد أن «معظم المفاهيم الأساسية والحيوية التى يقوم عليها أى مجتمع متحضر يعبر عنها القرآن فيما يشبه أن يكون إلزاماً خلقياً، فالرحمة بالضعاف ونفى الغبن فى المعاملات التجارية وعدم الميل والحيف فى تحقيق العدالة، كل هذه المفاهيم ترد فى القرآن باعتبارها معايير السلوك المطلوبة» [1].

---

(1) في تاريخ التشريع الإسلامي، ن. ج. كولسون، ترجمة د. محمد سراج، د. حسن الشافعي، ص ٢٩، طبعة بيروت.

وقد استمر اجتهاد الفقهاء فى العصور المختلفة لإخضاع أعراف التعامل فى المجتمعات الإسلامية لهذه المبادئ الأخلاقية والاعتقادية التى جاء بها القرآن بقبول ما يتفق مع هذه المبادئ ورفض ما يخالفها.

حجية القراءات:

يرى الجمهور أن القراءات المتواترة للقرآن هى التى يحتج بها وحدها فى استنباط الأحكام، فلا يعتد لهذا فى استنباط الأحكام بالقراءات الشاذة التى انفرد بها أحد الصحابة. من ذلك أن ابن مسعود قد انفرد بوصف التتابع فى آية كفارة اليمين: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾، وقراءة ابن مسعود فى ذلك: فصيام ثلاثة متتابعات. ومفاد هذه القراءة أن من حنث فى يمينه ولم يف به ولم يكن قادراً على إطعام المساكين العشرة أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فإن عليه أن يصوم ثلاثة أيام متتابعات غير متفرقات.

ولم يأخذ الجمهور بما تفيده هذه القراءة بناء على أنها ليست من القرآن لعدم تحقق التواتر فيها فلا يحتج بها، وخالف فى هذا علماء المذهب الحنفى ورأوا الاحتجاج بهذه القراءات، بناء على الزيادة التى انفردت بها القراءة الشاذة (التتابع)، وأنها إن لم يثبت كونها قرآنا فلا أقل من أن تكون خبراً عن الرسول ﷺ.

ويرد الجمهور هذا الاستدلال بناء على أن «التقسيم غير حاصر»، إذ لا يقتضى نفى كون هذه القراءة من القرآن ثبوت كونها من السنة، إذ يحتمل «أن يكون التتابع رأياً لابن مسعود لدليل دله عليه واحتمل أن يكون خبراً، وما تردد

بين أن يكون خبراً أو لا يكون فلا يجوز العمل به» [1].

عربية ألفاظ القرآن:

دل القرآن الكريم على نزوله بلسان عربي مبين، فقال تعالى: ﴿نزل به الروح الأمين، على قلبك لتكون من المنذرين، بلسان عربي مبين﴾ «الشعراء ١٩٣ـ١٩٥». ويقول : ﴿إنا أنزلناه قرآنا عربياً لعلكم تعقلون﴾ «سورة يوسف٢».

ولا خلاف في كون القرآن عربياً وأنه نزل بلغة العرب ويفهم وفق قواعد هذه اللغة وما كان يفهمه أهله منها في عصر التنزيل. ولهذا المبدأ أهمية كبيرة في تحديد قواعد تفسير النص القرآني، إذ يجب إتباع قواعد اللغة العربية على مستوى المعجم والصرف والنحو والبلاغة عند التصدى لتفسير نصوص القرآن. وحتى لا يختلف فهم القرآن باختلاف العصور والتطور اللغوي، فقد التفت الأصوليون إلى وجوب فهم القرآن وتفسيره في ضوء ما كانت عليه دلالات ألفاظه وقت نزوله، وإلا اختلف فهمه وتفسيره باختلاف العصور ومراحل التطور اللغوي في دلالات الألفاظ ومعانيها وتدرج اللغة وتطورها على مستوى النحو

---

(1) المستصفى ١٠٢/١، وإنما تعد القراءة متواترة إذا اجتمعت فيها الشروط الثلاثة التالية :

١ـ السند المتواتر عن النبي ﷺ .

٢ـ موافقة الرسم القرآني.

٣ـ موافقة وجه ثابت من وجوه العربية الفصحي.

أما الأحرف السبعة فهي قراءة متواترة هي الأخرى موافقة لوجه ثابت من أوجه العربية الفصحى، وقد أتت بعض القراءات المتواترة مخالفة للرسم القرآني، وذلك كقراءة : «إن كانت إلا زقية واحدة» بدلاً من قوله : «إن كانت إلا صيحة واحدة»، وهذه القراءة الأخرى هي الثابتة في الرسم القرآني،

وفيما بعد أهملت هذه القراءات المتواترة التي لا ترافق الرسم القرآني بعد شيوع اللهجة القرشية وسهولتها على الألسنة ولم يعد يطلق عليها قراءة، وأصبح اسمها كما كان حرفاً، وهذا في حكم الرخصة المنسوخة لزوال موجبها.

انظر في ذلك : مباحث الكتاب والسنة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، ص ١٤، وانظر أيضاً كتاب الإبانة لمكي بن طالب.

وطرق التعبير. وهذا هو الذى نبه إليه الشافعى فى رسالته وأعاد التنبيه إليه الشاطبى حيث يرتب على عربية القرآن وجوب فهمو وفق معهود اللغة العربية فى ألفاظها ودلالاتها [1].

ويترتب على كون القرآن عربياً نتيجة أخرى، هى أنه لا يترجم ولا ينقل إلى لغة أخرى، وإنما تترجم معانيه وتنقل مدلولاته وتفسيراته. ولذا ينفى ابن قتيبة إمكان الترجمة فى القرآن، ورأى أن ما ينقل منه إلى لغة أخرى نوع تفسير وبيان لمعانيه بهذه اللغة، وهو ما أخذ به الشاطبى كذلك، وقد أخذ بهذا الاتجاه Arberry فى ترجمته لمعانى القرآن حيث عنون لهذه الترجمة Quran Commented.

ومع ذلك فقد ذهب بعض الأصوليين إلى لانتصار لاشتمال القرآن على ألفاظ أعجمية غير عربية، وينبه الآمدى إلى أن هذا هو مذهب ابن عباس وعكرمة وأن غيرهما قد نفى هذا الرأى وخالفه. ويحتج المثبتون لاشتمال القرآن على ألفاظ غير عربية بوجود كلمة «مشكاة» فيه، وهى هندية، و«استبرق» وهى فارسية، و«قسطاس» وهى رومية، كما يحتج هؤلاء بأن القرآن جاء لجميع الناس كافة بشيراً ونذيراً، فلا مانع من اشتماله على لغاتهم.

أما النافون فيردون كون الكلمات المذكورة من أصول غير عربية ويثبتون لها أصلاً عربياً، ويفسرون وجودها فى غير اللغة العربية بأنه من قبيل «اشتراك اللغات المختلفة فى بعض الكلمات، وهو غير ممتنع» [2].

ويبدو لى أن الآمدى قد عمد إلى تحوير الخلاف بعض الشئ حتى يكتسب هذا التقابل المنطقى (النفى، الإثبات) المناسب للشكل الجدلى الذى درج عليه المؤلفون فى تناولهم لمسائل علم أصول الفقه فيما بعد القرن الخامس الهجرى، فإنه لا دليل على أن ابن عباس وعكرمة قد عنيا برأيهما اشتمال القرآن

---

(١) الموافقات ٦٥/٢.
(٢) الإحكام للآمدي، ٤٨/١.

على ألفاظ غير عربية، لم تدخل فى لغتهم ولا يفهمون معانيها، ولا يستخدمونها عند نزوله، ولا دليل كذلك على أن الآخرين الذين نفوا وجود ألفاظ غير عربية أنهم يقصدون نفى الأصل الأعجمى لبعض الكلمات المستخدمة فى القرآن.

وأكاد أميل إلى غلبة تصوير الخلاف على هذا النحو لسيطرة هذا القالب الجدلى الذى ينحو إلى إبراز الخلاف بوضع الآراء المكونة له فى وضع التناقض والتقابل.

ولذا يضع الشاطبى مسألة اشتمال القرآن على عدد من الألفاظ ذات الأصول الأعجمية وضعاً مختلفاً. ويرى أنه لا فرق فى الواقع بين المثبتين والنافين من جهة أن هذه الألفاظ قد عربت وصارت منتسبة إلى اللسان العربى بدخولها فى كلام العرب واستعمالهم لها وفهمهم لمعانيها. يدل على أن هذه الألفاظ قد صارت من اللسان العربى أن العرب لا تدعها على حالتها التى كانت لها فى اللسان المنقول منه، وأنها تغير فيها حتى تجعل حروفها موافقة لحروف لغتها فى المخارج والصفات. وينفى الشاطبى أن يكون القرآن قد أخذ كلمات لم يعربها العرب ولم يستخدموها فى لغتهم ولا يفهمونها إبان نزوله، وهو ما يبدو أنه محل اتفاق بين الجميع.

ومع ذلك فإن وجود عدد من الكلمات غير عربية قد أوعز إلى عدد من المستشرقين بالأصل اليهودى أو المسيحى لكثير من التشريعات المتضمنة فى القرآن. من ذلك ما ذهب إليه «شاخت» فى تحليل مفهوم الزكاة، وإلماحه إلى أن هذه الكلمة مأخوذة من الكلمة الآرامية «زكوت»، والتى كانت تفيد معنى الصلاح والتقوى فى استعمال اليهود لها. ويرى «شاخت» أن هذه الكلمة كانت تستخدم فى هذا المعنى فترة وجود النبى ﷺ فى مكة، ثم تطورت فى معنى الإنفاق على الفقراء والمحتاجين، على حين لم تنتقل إلى معنى الزكاة الواجبة إلا فى عهد أبى بكر[1].

---

(1) في النظام المالي الإسلامي للمؤلف، ص ٦، نشر دار العروبة بالكويت، ١٩٨١.

وعلى الرغم من أن المثال نفسه لا يفيد أخذ مفهوم الزكاة من الديانة اليهودية لأن الكلمة «زكاة» على افتراض أصلها الآرامى لم تكن تستخدم عند اليهود فى معنى الإنفاق الواجب أو التطوعى فإن قضية تشابه بعض مبادئ التشريع الإسلامى مع ما جاءت به الديانة اليهودية أو المسيحية أمر مقبول فى التفكير الإسلامى من جهة أن منبع هذه الديانات السماوية واحد؛ فقد جاء القرآن فيما أخبر عن نفسه مصدقاً لما بين يديه من الكتب السماوية السابقة فى النزول.

تفسير القرآن الكريم:

يتوقف فهم الأحكام التشريعية المتضمنة فى القرآن الكريم على تبنى منهج علمى مقبول لتفسيره، ويتألف هذا المنهج من مراعاة القواعد التالية:

١ـ الالتزام بالرجوع للمواضع المشابهة للنص المطلوب تفسيره فى القرآن نفسه، فالقاعدة أن القرآن يفسر بعضه بعضاً. يوضحه أن الآية الحادية عشرة من سورة النساء قد نصت على نصيب البنات فى الميراث ببيان أنه: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك. وإن كانت واحدة فلها النصف﴾. وقد جاء فى آخر السورة نفسها (الآية : ١٧٦) تحديد نصيب الأخوات الشقيقات فى الميراث بأن الاثنتين من الأخوات ترثان الثلثين، فاستدل الفقهاء من ذلك على أن ميراث الثلثين للأخوات والبنات والوارثات بالفرض لا بالتعصيب إذا كن اثنتين أو أكثر من اثنتين، حيث نصت الآية الحادية عشرة من سورة النساء على الحالة الأولى، على حين نصت الآية ١٧٦ من السورة نفسها على الحالة الثانية.

وترجع قاعدة تفسير القرآن بعضه بعضاً إلى الأساس المنصوص عليه، وهو اتفاق أجزائه وعدم وقوع التناقض بين هذه الأجزاء: ﴿أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً﴾.

٢ـ الرجوع إلى السنة، لأن القرآن قد ورد بالتكليفات مجملة فبينتها السنة

وحددت الكيفيات العملية لأداء هذه التكليفات. والمثال الذى يوضح ذلك أن القرآن قد جاء بالنص فى مواطن عديدة على وجوب الزكاة والأمر بإنفاق الأموال فى وجوه البر وفى المصارف التى أجملها. وكانت السنة هى التى بينت أنواع المال المزكى والمال الذى لا تجب فيه الزكاة، كما كانت السنة هى التى حددت المقادير المأخوذة من هذا المال (ربع ٢,٥٪ فى النقود والحيوانات ومواد التجارة، ٥٪ فى الزروع والثمار التى تروى بتكلفة، ١٠٪ فى الزروع والثمار التى تروى بدون تكلفة كأن تروى بمياه الأمطار، ٢٠٪ فى الركاز والمعادن). ولم يكن بالوسع تنفيذ المجتمع الإسلامى لواجب الزكاة إذا لم تكن السنة قد وضحت كيفية أداء هذا الواجب بهذه التفصيلات العملية الدقيقة.

٣- تطبيق قواعد اللغة العربية المعروفة طبقاً لما كانت عليه عادات العرب فى أقوالها ومجارى أحوالها وقت نزول نصوص القرآن. من ذلك معرفة دلالات الأوامر والنواهى والعموم والخصوص ودلالات الحروف وما يماثله من أمور يتوقف عليها فهم النصوص التشريعية.

٤- معرفة أسباب النزول ومقاصد الشارع من شرع الأحكام التى دل عليها النص القرآنى، وتتفاوت أقدار المفسرين ومداركهم فى الغوص على مقاصد الشارع ومعرفة مراميه.

التفسير بالمقاصد:

الأحكام الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية معللة برعاية مصالح العباد على نحو واضح لا ينازع فيه أحد من العلماء. وقد جرى النص على هذا التعليل فى الأصول وفى الفروع طبقاً لما يذكره الشاطبى، فإن الله تعالى يعلل لإرسال الرسل بمنع احتجاج العباد بالجهل وقطع عذرهم عند مؤاخذتهم بما عملوا، فقال: ﴿رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾، فهذا

التعليل ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة﴾ دليل على إرسال الرسل لوجه هذه المصلحة.

وتعليله إرسال محمد ﷺ رحمة للعالمين ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾ هو من قبيل التعليل لبعثه محمداً بتحقيق هذه الرحمة. وفى فروع كثيرة تبدو المصلحة وكأنها هى الغرض من الحكم فى مواطن عديدة من القرآن. من ذلك قوله فى آية الوضوء: ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم﴾، وكقوله عن الصيام: ﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾، وكقوله فى الصلاة: ﴿إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾، وفى القصاص: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾.

ومن هذا كله يتضح أن شرع الوضوء والصلاة والصيام والقصاص معلل برعاية المصالح التى عبرت عنها النصوص وجريانها لتحقيق مقاصد معينة. وإذا ثبت هذا فى الفروع والأصول علم أن كل حكم من الأحكام الشرعية هو وسيلة لتحقيق مقاصد ومصالح معينة يجب الالتفات إليها فى تفسير النص وفهم معناه وتعدية حكمه ليشمل غير المنصوص عليه.

وقد ظهر الاتجاه إلى تفسير النصوص برعاية مقاصدها منذ فترة النبوة، من ذلك أن النبى ﷺ طلب من أصحابه ألا يصلوا العصر إلا فى بنى قريظة، وحينما أدركتهم صلاة العصر فى الطريق لم يصل بعضهم، وقالوا إننا نهينا عن الصلاة قبل بلوغ ديار بنى قريظة، وتمسكوا بحرفية النص ومعناه المباشر. لكن بعضاً آخر منهم صلى العصر فى الطريق بعد حلول وقته، وقالوا: إنما كان النهى بقصد الاستحثاث على تعجيل الوصول إلى بنى قريظة، وإنما التفت هذا الفريق إلى مقصود الرسول من قوله وإلى المصلحة التى أرادها وفسروا قوله فى ضوء فهمهم لهذا المقصود، وقد أخبر الفريقان النبى ﷺ بفعلهما فأقرهما ولم يلم أيا منهما مما يدل على صحة التفسير بالمقصود.

وقد غلب الاتجاه إلى تفسير النصوص التشريعية فى ضوء مقاصد الشريعة لدى فقهاء الصحابة والتابعين، وتتبع اجتهادات عمر بن الخطاب عن سيادة هذا المنهج. من ذلك أن امرأة باليمن قتلت ابن زوجها وعاونها فى ذلك عاشقها وصديق له، فانقسم الصحابة فى ذلك إلى فريقين، كان رأى أولهما أن القتلة جماعة والمقتول واحد، فلا يقتص من الجماعة، لأن القصاص يفيد معنى المساواة والمماثلة، وهذا هو التفسير الحرفى الذى يعتمد المعنى المباشر. أما الفريق الثانى فقد رأى القصاص من الجماعة بقتل الواحد، لأن القصاص شرع لحفظ حياة الناس، ولا يتيسر تحقيق هذه المصلحة المقصودة إلا بالحكم بالقصاص من الجماعة إذا قتلوا شخصاً، لأن القاتل يستطيع الاستعانة بغيره للفرار من القصاص، فتضيع المصلحة المقصودة من شرعه. ولم يستطع معاذ بن جبل، القاضى الذى نظر الجريمة باليمن أن يصل إلى تغليب أحد النظرين، فأرسل القضية بكاملها إلى عمر بن الخطاب الذى وجه بانقسام مماثل بين الصحابة فى المدينة، فقال قولته المشهورة: «والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به» معلنا عن انحيازه بذلك لتفسير معنى القصاص بالمقصود من شرعه، وهو الحفاظ على الحياة، مؤيداً الاتجاه إلى قتل الجماعة بالواحد لتحقيق هذا المقصود.

ومن التطبيقات الحديثة للتفسير بالقصود الاتجاه إلى تفسير الكنز المتوعد عليه بالعذاب فى جهنم فى سورة التوبة بأنه يشمل حبس المال وتعطيله عن القيام بوظائفه الاجتماعية فى الاستثمار والتنمية. وهذه هى وجهة النظر التى يأخذ بها الاقتصاديون الإسلاميون المحدثون، أما التفسير الحرفى للكنز فيقترب من منع أداء الزكاة الواجبة، وهو ما ذهب إليه القائلون بأن «ما أدى زكاته فليس بكنز».

ويجب التأكيد على التعاون بين منهجى التفسير: التفسير اللغوى، والتفسير بالمقصود، للوصول إلى فهم أدق وأعمق للنصوص التشريعية فى القرآن والسنة على السواء.

المصدر الثاني

﴿ السنة النبوية ﴾

التعريف اللغوى للسنة:

السنة فى اللغة الطريقة المعهودة المتكررة أو السيرة المألوفة المحافظ عليها.
وهى بهذا المعنى فى قوله ﷺ: «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها». ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿سنة الله فى الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلا﴾ (الأحزاب: ٦٢)، ومنه قوله تعالى: ﴿ قد خلت من قبلكم سنن فسيروا فى الأرض فانظروا كيف كان عاقبة المكذبين﴾ (آل عمران: ١٣٧). وبهذا تطلق السنة على الطريقة المحمودة أو المذمومة على السواء.

وقد أطلقت السنة بهذا المعنى العام على الطريقة السائدة المألوفة أيام النبى ﷺ أو أيام خلفائه الراشدين، مما يشير إلى الأعراف التى أقر الرسول الناس عليها وتبعها خلفاؤه الراشدون من بعده، وكانت تعد مصدراً للاقتداء بها فى الاجتهاد الفقهى، وكانت «سنة المدينة» التى عمل بها مالك واعتبرها مقدمة على كثير من المصادر (خبر الواحد ـ القياس) بمعنى الأعراف المعمول بها فى المدينة، وقد كان لأهل الكوفة «سننهم» بمعنى أعرافهم المعمول بها، وأسسوا حجية أعراف بلدهم الخاصة على قريب من الحجج التى انتصر بها مالك لسنة أهل المدينة، وتمثل ذلك فى استقرار عدد من كبار الصحابة بالكوفة على نحو كان له أثره فى ظهور السنن والأعراف الموافقة لأصول التشريع الإسلامى.

وقد أشار الليث بن سعد فى رده على مالك إلى أن «السنن» المعمول بها

فى مصر لها حجية مماثلة لحجية «سنة المدينة» لأن عدداً من كبار الصحابة قد سكن مصر وأسهمت معاملاتهم فى تكوين الأعراف السائدة فى هذا البلد كذلك.

وتتكون السنن بهذا المعنى عبر الزمان بفعل القوى الخفية الكامنة فى المجتمع التى تشكل الأعراف. وإنما أعطاها مالك هذه الحجية بالقوة التى دافع بها حتى اعتقد «أن الناس تبع لها» وعليهم ألا يحيدوا عنها فى اجتهاداتهم لمجموعة من العوامل، منها افتراض إقرار الصحابة لهذه الأعراف وإسهامهم فى تشكيلها، ومنها موافقة هذه الأعراف للمصالح الاجتماعية وقبول النظرية الأصولية فى تطوراتها المختلفة لإعمال هذه المصالح.

وقد هاجم الشافعى هذه الاتجاهات الإقليمية وعمل على هدم حجية «سنة أهل المدينة» وإجماع أهل المدينة وسنة أهل الكوفة وإجماعهم بغية وضع التفكير الفقهى على أسس أثبت وأقوى، وأسفر هجومه هذا وجهاده فى إبطال حجية سنن الأمصار المختلفة عن أمرين:

الأول: إقلاع كثير من المدارس الفقهية المختلفة عن التمسك بهذا المفهوم العام للسنة.

الثانى: تأكيد المفهوم الخاص للسنة وإطلاقها على ما أُثر عن النبى ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة.

التعريف الاصطلاحى للسنة:

تطلق السنة فى الاصطلاح الفقهى على الحكم التكليفى للأفعال التى يترتب الثواب على أدائها دون أن يستلزم تركها العقاب. وهى فى معنى المندوب بهذا الاعتبار.

أما فى الاصطلاح الأصولى فتطلق السنة على كل ما صدر عن النبى ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة. وتشمل السنة بهذا الإطلاق الأقوال التى صدرت عن الرسول والأفعال التى أداها فى عباداته ومعاملاته، كما تشمل التقريرات الأفعال التى صدرت من صحابته دونما اعتراض منه مما يفيد قبوله لها.

ويدخل فى السنة ما رواه صحابته بشأن صفاته الخلقية والخلقية، ومن صفاته الخلقية ما روته السيدة عائشة أنه «كان خلقه القرآن»، ومن صفاته الخلقية التى لا يتعلق بها التشريع ما رواه أنس قال: «كان النبى ﷺ رجل الشعر، ليس بالسبط ولا بالجعد».

ولا يختلف عن ذلك معنى الحديث فإنه يطلق كذلك على ما روى عن النبى ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة [1].

حجية السنة فى الدلالة على الأحكام:

انعقد إجماع علماء المسلمين على أن السنة مصدر يدل على الأحكام الشرعية، ومستند هذا الإجماع من القرآن ما يلى :

١ـ الأمر المتكرر فى القرآن بوجوب طاعة الله ورسوله، من ذلك قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنت تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ (النساء: ٥٩).

٢ـ نص القرآن الكريم على دور السنة فى بيان أحكامه وشرح ما يحتاج إلى شرح من هذه الأحكام، وذلك فى قوله تعالى: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾ (النحل: ٤٤).

(١) الحديث وتخريجة في نيل الأوطار، ١٧٥/٦.

٣- إيجاب القرآن الكريم الاحتكام لما جاء فيه عند التنازع والحكم بما جاء فيه عند الفصل في الخصومات وأوجب على المسلمين تنظيم حياتهم وفق ما جاء فيه، واعتبر الرضا بأحكامه قضية إيمان أو كفر، ولا يمكن إعمال الأحكام القرآنية وحدها دون رجوع إلى السنة. يوضحه أن القرآن الكريم قد أوجب تطبيق أحكام الميراث في إعطاء الوارثين حقوقهم «من بعد وصية يوصى بها»، دون بيان مقدار هذه الوصية، فجاءت السنة ببيان حد الوصية، وهو الثلث، ولو أطلق حق المورث في الإيصاء لما أمكن تطبيق قواعد الميراث إلا في الأحوال التي لا يوصى فيها الميت بتركته كلها. ولذا كان هذا التحديد ضرورياً لإعمال قواعد الميراث القرآنية.

٤- نص القرآن الكريم على أن الرسول مبلغ عن الوحي وأنه لا ينطق عن هواه. قال تعالى: ﴿والنجم إذا هوى. ما ضل صاحبكم وما غوى. وما ينطق عن الهوى. إن هو إلا وحي يوحى. علمه شديد القوى﴾ (النجم ١-٥).

رواية السنة وثبوتها:

لم تدون السنة في عهد رسول الله ﷺ خوفاً من أن تختلط بالقرآن[1]، ولوجود الرسول نفسه بين أصحابه، وإمكان الرجوع إليه عند الاقتضاء وتوليه مسئولية الفصل في الخصومات، فلم يستشعر الناس لهذا كله حاجتهم إلى تدوينها.

وبوفاة النبي ﷺ وتولى قادة الصحابة مسئولياتهم العملية في الإدارة والقضاء، برزت الحاجة إلى العناية بسنة النبي ﷺ واستدعائها للعمل بها في المناسبات العملية المختلفة، وذلك أنهم مكلفون بالحكم بما أنزل الله وبتسيير حياتهم الاجتماعية وفق هذه الأحكام، وهو أمر غير ممكن بدون السنة كما تقدم،

(١) قواعد التحديث للقاسمي ص ٦٤.

وقد يوضحه أن أبا بكر حينما اتخذ قراره بقتال مانعي الزكاة فلا بد أن التفاصيل المتعلقة بنوع المال المزكى ومقدار الواجب وحق الدولة فى جمعها وأسلوب تحصيلها وغير ذلك مما بينته السن كان حاضراً فى ذهن الخليفة والصحابة. ولا يمكن من الناحية المنطقية أن يكون قد اتخذ قراره الخطير بإعلان الحرب بالاستناد إلى مجرد عموم النص القرآنى المتعلق بوجوب إقامة الصلاة وأداء الزكاة.

وقد اضطر الصحابة كذلك إلى استدعاء السنة للحكم بها فى كثير من المواقف العملية، من ذلك الالتماس الذى تقدمت به الجدة إلى أبى بكر تسأله ميراثها، فقال : ما أجد لك فى كتاب الله شيئاً، ثم سأل الناس فقام المغيرة بن شعبة فقال: سمعت رسول الله ﷺ يعطيها السدس، فقال له هل معك أحد: فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فأنفذه لها.

ومن هذا القبيل أن أبا موسى الأشعرى استأذن على عمر ثلاث مرات فلم يؤذن له فرجع، وأرسل عمر فى أثره وسأله لم رجعت، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سلم أحدكم ثلاثاً فلم يجب فليرجع» . وقد طلب عمر بينة من أبى موسى على سماع هذا الحديث من الرسول فشهد معه جماعة من الصحابة بسماعه.

ويدل هذان المثالان على أن الصحابة كانوا يبذلون طاقتهم لتطبيق الأحكام الشرعية وصوغ حياتهم وفق هذه الأحكام، وقد كان من الطبيعى أن يسألوا عن السنة وأن يتكرر استدعاؤها فى مواقف القضاء وفى تحديد أشكال السلوك، وأسهمت السنة بوظائفها العملية فى تحديد الأعراف الاجتماعية السائدة فى المجتمعات الإسلامية.

ولا أشك فى أن هذه الطبيعة العملية للسنة هى التى فرضت الاهتمام بها بعد وفاة النبى ﷺ واضطرار قادة الصحابة لتولى شئون مجتمعهم وفق المضامين

التشريعية والاجتماعية التي عبرت عنها.

ويخطيء شاخت Schacht وجينبول Juynbool خطأ فادحاً في تحليلهما لرواية السنة بالانطلاق من فكرة أن الاهتمام بالسنة قد تأخر إلى مجيء عمر بن عبد العزيز للسلطة في آخر القرن الهجرى الأول، وعبارة «جينبول» في هذا: «إننا قد رأينا أن الحاجة إلى السنة المروية عن محمد لم يبدأ تأكيدها إلا في عهد عمر الثانى الذى حكم في الفترة من ٩٩ـ١٠١هـ/٧١٧ـ٧٢٠م» [1]. ويبدأ تحليل «شاخت» ومن بعده «جينبول» من هذا المنطلق، كي ينتهيا إلى النتائج التالية :

١ـ الأحاديث الموجودة لا تصح نسبتها إلى الرسول لمرور وقت طويل بين وفاته وبين بدء الاهتمام والحاجة إلى السنة.

٢ـ ترجع هذه الأحاديث إلى أقوال الصحابة وآرائهم واجتهاداتهم بعد وضعها في قالب حديث ووضع الإسناد اللازم للحديث.

٣ـ يمكن التعرف على شخصية الراوى الذى قام بوضع اجتهاد الصحابى أو التابعى في قالب الحديث عن طريق الموازنة بين سلاسل الإسناد وطرق الرواية، وتعيين الشخص المشترك أو الحلقة المشتركة Common Link الذى يمكن أن ينسب إليه وضع الحديث على هذا النحو.

ومن الواضح أن هذه النتائج المتتابعة قد ترتبت على افتراض أن الأجيال الأولى قد أهملت الاهتمام بالسنة لعدم ظهور الحاجة إليها إلا في أواخر القرن الأول الهجرى. غير أن هذا الافتراض لا ينهض على أساس، لأنه يعنى أن الصحابة لم يعملوا على صوغ حياتهم الاجتماعية والسلوكية وفق الأحكام المتضمنة في القرآن إلا في القرن الثانى الهجرى، وأن الفقه الإسلامى لم يبدأ إلا من هذا

(1) Muslim Traditian, Studies in Chronology, Brovenance and Author Ship of Early Hadith G.H. Juynbool.

التاريخ وأن الأعراف الجاهلية ظلت مسيطرة طيلة فترة القرن الأول الهجرى. وليس أى من هذا صحيحاً. ومن جهة أخرى فإن اختيار عهد عمر بن عبد العزيز الخليفة الأموى المشهور بتقواه بداية لتأكيد الاهتمام بالسنة اختيار لا مسوغ له من الناحية العملية، لأنه قد يختلف عن بعض الخلفاء السابقين عليه فى الدرجة لا فى الاتجاه، لوعى الجميع بدورهم على رأس دولة إسلامية.

والذى ننتهى إليه أن هذا الموقف الهدمى من ثبوت السنة موقف غير مبرر علمياً.

وقد اتخذ هذا الموقف الهدمى من ثبوت السنة أحد علماء الأزهر، وهو محمود أبو رية فى كتابه: أضواء على السنة المحمدية. وتعرض فى هذا الكتاب للموقف من مرويات أبى هريرة وأنس بن مالك المكثرين من رواية السنة، وأشاد بموقف الأحناف فى التوقف عن الرواية عنهما لعدم توافر شرط «فقه الراوى» فى كل منهما.

أما الشيخ محمد الغزالى فى كتابه (السنة بين أهل الحديث وأهل الفقه)، والدكتور يوسف القرضاوى فى كتابه (كيف نتعامل مع السنة) فقد حذراً من العمل بكل ما يدعى اعتباره من السنة، وأوجبا فحص الحديث من جهة الثبوت للعمل بما صحت نسبته إلى الرسول ﷺ ورد ما لم تصح نسبته إليه.

ويتجه الشيخ عبدالجليل عيسى فى كتابه: اجتهاد الرسول والدكتور عبد المنعم النمر فى كتابه: السنة والتشريع وجهة أخرى، حيث سعيا إلى اعتبار كثير من السنة من قبيل «اجتهاد الرسول» فى تطبيق التشريعات القرآنية، وفى تقديرهما أن هذا الاجتهاد غير ملزم ويمكن مخالفته باجتهاد آخر يستند إلى الأصول العامة للشريعة وإلى المقاصد الكلية، وهو الأمر الذى يشابه من جهة ما كان عليه أصحاب الرأى، حيث قلت مروياتهم وكثرت اقيستهم، وهذا فى مقابلة أصحاب

الحديث بمدرسة المدينة، والذى كثرت مروياتهم فقل القول بالرأى عندهم»[1].

والذى عليه أكثر الناس أن الدواعى والأسباب قد توافرت على نقل سنة النبى ﷺ للحاجة إليها فى القضاء والإفتاء وصبغ السلوك فى المجتمع بالصبغة الإسلامية. غير أن هذه الأهمية للسنة قد دفعت إلى ظهور حركة الوضع فى الحديث، لأسباب سياسية ومذهبية، فتنبه المسلمون لهذا الخطر وبذلوا جهوداً دقيقة فى تمييز الحديث الصحيح من الزائف على نحو كان له أثره فى ظهور علوم الحديث. ويمكن القول دون مجازفة بأن النتائج التى انتهى إليها المحدثون تظل فى عمومها سليمة، من حيث تحقيق قدر من الثقة يكفى للعمل بالسنة، وإن لم يمنع ذلك من إمكان توجيه النقد للأحكام التى أصدرها ثقاتهم بشأن هذا الحديث أو ذاك.

أنواع السنة :

تنقسم السنة من حيث روايتها عن الرسول ﷺ إلى الأنواع التالية:

أولاً - الحديث المتواتر :

التواتر هو رواية جمع لا يتوهم تواطؤهم على الكذب عن جمع مثلهم فى جميع الأعصار، وذلك كنقل القرآن والصلوات الخمس، ومنه فى الحديث قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات» ، ومنه أيضاً : «من كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار».

ويتضح من تعريف المتواتر وجوب استجماع الشروط الثلاثة التالية:

١- كون الرواة جمعاً كثيراً يؤمن عدم اتفاقهم على الكذب أو الخطأ. أما لو كان الجمع قليلاً بحيث يحتمل التقاؤهم معاً وتعرضهم للخطأ أو النسيان فلا يعد

(١) حول قضية تحديد أصول الفقه للدكتور علي جمعة ص ٢٢٩، حولية كلية الشريعة.

هذا من التواتر. ولا يتقيد الجمع فى التواتر بعدد معين، والعبرة بأمن إمكان الخطأ أو الكذب، وذلك بأن يتفق عدد من الرواة على رواية شئ معين مع اختلاف مقارهم وأنسابهم وبيئاتهم، فهذا يورث نوعاص من اليقين بأنهم لا بد قد سمعوا هذا الذى يروونه.

٢- الاستناد إلى الحس والمشاهدة كالسمع والرؤية. أما لو كان ما يروونه مستنداً إلى التفكير العقلى فلا يعد هذا من قبيل التواتر. وهذا هو الذى يفرق بين الإجماع والتواتر، ذلك أن الإجماع اجتهاد يلتقى فيه رأى العلماء على أمر معين، مع استنادهم فى هذا الاجتهاد إلى نص شرعى هو مستند الإجماع كما يأتى، على حين أن التواتر عبارة عن نقل أمر مسموع أو مشاهد بالعين مع تعدد الناقلين لهذا الأمر على نحو لا يحتمل اتفاق الناقلين على الكذب أو الخطأ.

٣- توافر التواتر فى الطبقات كلها، فلو توافر التواتر فى طبقة الصحابة ولم يتوافر فى التابعين ثم توافر بعد ذلك فى طبقة تابعى التابعين لم يعتبر هذا من التواتر.

حكم الحديث المتواتر وأنواعه :

يفيد الحديث المتواتر يقين الثبوت عن النبى ﷺ وهو فى منزلة القرآن من حيث وجوب العمل به وكفر جاحده. غير أن الأحاديث المتواترة نادرة، وتنحصر بالنسبة للأحاديث القولية فى عدد محدود لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة، ويوجد بعضه فى السنن الفعلية، لكنه ليس كثيراً كذلك، ويتعلق بأمور الدين الأساسية ويشبه أن يكون التواتر أساساً منطقياً للثقة بالمرويات الأساسية أكثر من أن يكون نوعاص مقابلاً للنوع الآخر من المرويات، وهو أخبار الآحاد، فإنه لا مقارنة بينهما من حيث العدد.

وينقسم التواتر إلى نوعين:

أولهما التواتر اللفظي، وهو اجتماع شروط التواتر فى المروى مع اتحاد لفظه والمعنى المقصود منه.

والثانى التواتر المعنوى، وهو وجود معنى مشترك بين أحاديث متعددة غير متواترة وقد لا يتفق معناها أيضاً. من ذلك اشتراط التعمد لإيجاب القصاص، حيث لا يوجد نص واحد متواتر اللفظ يدل على هذا المعنى، غير أن عدداً من المرويات يتوارد حول هذا المعنى، من ذلك إفادة أن الأعمال بالنيات وإيجاب الدية فى قتيل الخطأ وشبه العمد، وإيجاب الدية فى قتل الصبى والمجنون ولو كانا متعمدين بناء على أنه لا نية لهما، ورفع الإثم عن الخطأ والنسيان إلى غير هذا من الأحاديث الدالة على نقص المجازاة بغياب نية التعمد، وبهذا فإن التواتر المعنوى يتحقق إذا اشتركت عدة مرويات فى معنى من المعانى، حتى ولو لم يتحقق التواتر فى أى منها، وكثير من المبادئ الأساسية للتشريع الإسلامى مما ينهض على أساس التواتر المعنوى.

ثانياً ـ الحديث المشهور أو المستفيض :

هو ما رواه من الطبقة الأولى (الصحابة) عدد لم يبلغ حد التواتر، وإن رواه فى الطبقة الثانية (التابعون) وما تلاها عدد يبلغ مبلغ حد التواتر. ومن الواضح أن الحديث المشهور هو حديث آحاد فى الطبقة الأولى ومتواتر بعد ذلك، وإنما ارتفع عن حديث الآحاد مع كونه منه فى طبقة الصحابة لعدالتهم على وجه العموم. وهذا التمييز بين المشهور والآحاد هو مذهب الأحناف. أما الجمهور فيجمعون بين المشهور والآحاد ويعتبرونهما قسماً واحداً. ومن هذا القسم عندهم حديث : «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها».

حكم الحديث المشهور عند الأحناف:

يفيد الحديث المشهور عند الأحناف ظناً قريباً من اليقين من حيث ثبوت نسبته إلى الرسول ﷺ.

ويترتب على إفادة الحديث المشهور هذا الظن القريب من اليقين جواز تقييد المطلق وتخصيص العام من القرآن به كما جاز ذلك بالحديث المتواتر، وتصح الزيادة به على ما في كتاب الله «لكن لا يكفر جاحده، لأن جحوده لا يؤدي إلى تكذيبه ﷺ لأنه لم يسمع منه عدد لا يتوهم واطؤهم على الكذب، بل يؤدي إلى تخطئه العلماء، وهي ليست بكفر بل بدعة وضلالة»[1].

ومن الحديث المشهور عند الأحناف تقييد الوصية بالثلث في حديث سعد بن أبي وقاص حينما أراد أن يوصي بماله كله أو نصفه، فقال له ﷺ: الثلث والثلث كثير.

ومن تخصيص العام بالحديث المشهور أن قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ عام في توريث الأولاد مطلقاً فبينت السنة أنه لا ميراث لقاتل فحص الأولاد الوارثين بألا يقتلوا مورثيهم، وقد جاءت الوصية المقدمة على الميراث على وجه العموم فخصصتها السنة بألا تكون لأحد من الوارثين وأنه: «لا وصية لوارث».

ثالثاً ـ خبر الآحاد:

ما رواه عن رسول ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر لا في عصر الصحابة ولا في عصر التابعين ولا في عصر تابعي التابعين، ومعظم السنة التي بين أيدينا من أخبار الآحاد.

---

(1) فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ٧٨/٢.

حكم خبر الآحاد:

يتعلق بخبر الواحد الأحكام التالية :

١ـ يفيد خبر الواحد الظن الراجح باجتماع شروط الصدق والضبط فى الراوى، لكن بعض المحدثين ذهبوا إلى أنه يفيد العلم اليقينى متى ثبت صدق الراوى[١]. ويستبعدالغزالى على أصحاب هذا الرأى أن يكونوا قد عنوه فعلاً، ولذا يحمل العلم المستفاد من خبر الواحد عندهم على العلم الظنى[٢]. وينسب الجوينى وجوب العلم بخبر الواحد العدل إلى بعض الحنابلة وبعض المحدثين، ويرد هذا الرأى باحتمال سهو الراوى العدل أو الخطأ فى الحكم بعدالته [٣].

٢ـ يجب العمل بخبر الواحد متى ثبت صدق الراوى وضبطه فى أمور التشريع والأخلاق، لكن لا يجب العمل به فى مجال الاعتقاد، لأن الاعتقاد لا ينبى على الظن بل على اليقين.

والدليل على وجوب العمل بخبر الواحد فى الأمور العملية إجماع الصحابة.

شروط العمل بخبر الواحد:

تتنوع الشروط الواجبة للعمل بخبر الواحد إلى ما يتعلق بالراوى وإلى ما يتعلق بالمروى.

أما الذى يتعلق بالراوى من الشروط فهى:

١ـ التمييز وكمال العقل، فلا تقبل رواية المجنون والصبى الذى لا يميز. أما الصبى المميز فقد قبل العلماء روايته، وقد كثرت الرواية عن عدد من الصحابة الذين سمعوا من النبى ﷺ فى صغرهم، من هؤلاء أنس بن مالك، وابن

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوي ٣٧١/٢.
(٢) المستصفى ١٤٤/١.
(٣) البرهان في أصول الفقه ص ٦٠٧.

عباس، وأبو سعيد الخدرى. أما الغزالى فيشترط البلوغ فى الراوى لقبول خبره ويروى إجماع الصحابة على رد أخبار الصبيان [١].

٢- العدالة، فلا تقبل رواية الفاسق، لأنه غير أهل للثقة، والعدالة معناها فى اللغة الاستقامة، وهى فى الاصطلاح بمعنى رجحان جهة الدين والعقل على طريق الهوى والشهوة، ولذا تسقط عدالة الراوى بارتكابه الكبائر أو بإصراره على الصغائر أو بارتكابه شيئاً من الأشياء المخلة بالمروءة كأخذ أشياء الناس دون إذنهم [٢].

٣- الضبط، وهو قدرة الراوى على أداء ما سمعه كما هو دون تزيد أو نقصان، أما إذا لم يكن قادراً على ضبط ما يسمعه وأدائه كما سمعه فلا يعتد بروايته [٣].

ويشترط فى المروى أمور أهمها:

١- ألا يخالف «المروى ما هو معلوم بضرورة العقل أو نظره أو الحس أو المشاهدة أو أخبار التواتر وبالجملة كل ما خالف علماً يقينياً» [٤]. ويستقيم هذا الاشتراط مع إفادة خبر الواحد الظن، ومفاد هذا الشرط أن خبر الواحد إذا عارض ماهو أقوى منه لم يجب العمل به.

٢- ألا يخالف «نصاً قاطعاً من كتاب أو سنة أو إجماع الأمة» [٥].

٣- ألا يكون المروى أمراً عاماً تتوافر الدواعى على نقله وينفرد بروايته أحد الناس، ولذا لو روى أحد أن الرسول ﷺ أعقب جماعة من الذكور أو أنه نص على إمام بعينه أمام الناس ، أو أنه فرض صلاة سادسة قطعنا بكذب الراوى، لأن

---

(١) المستقصي ١٤٣/١.

(٢) فتح الغفار بشرح المنار ٨٩/٢.

(٣) الكفاية للخطيب البغدادي، ص ١٠٠.

(٤) المستصفي ١٤٢/١.

(٥) السابق.

الموضوع عام وتحيل العادة كتمان مثل ذلك، لتوافر الدواعى على نقل مثل هذه الأمور، ولذا لا يقبل انفراد أحد الرواة برواية شئ من مثل ذلك.

رابعاً ـ الأحاديث المرسلة :

يعد الحديث مرسلاً إذا رواه التابعى عن الرسول ﷺ دون ذكر إسم الصحابى الذى روى عنه، من ذلك ما رواه الحسن البصرى وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعى والشعبى وغيرهم من أعلام التابعين.

وفى حجية المرسل اختلاف الفقهاء على النحو التالى:

١ـ مذهب الأحناف قبول العمل بمراسيل كبار التابعين، لأنهم كانوا يروون عن الصحابة، وهم أثبات عدول، كذلك فإنهم كانوا يرسلون الحديث إذا تعددت طرق روايته لهم، ويستدل على هذا بما يقوله الأعمش أنه سأل إبراهيم النخعى أن يسند له الحديث إذا روى عن ابن مسعود، فقال له: إذا قلت حدثنى فلان عن عبد الله فهو الذى رواه، وإذا قلت قال عبد الله فغير واحد، ولا يختلف موقف المالكية والحنابلة عن ذلك [1].

أما الشافعى فلا يقبل العمل بالمرسل، وهو الذى اختاره الغزالي ورجحه في كتابه المستصفى الذى ألفه فى أخريات حياته بعد أن كان يميل إلى قبول العمل بالمراسيل، طبقاً لما ذكره فى «المنخول» الذى ألفه في بداية حياته العلمية، ويلخص الغزالى موقف العلماء من هذا النوع من الحديث بقوله: «المرسل مقبول عند مالك وأبى حنيفة والجماهير ومردود عند الشافعى، وهو المختار» [2]. وقد أخذ المحدثون برأى الشافعى ومالوا إليه.

ويتفق أخذ أئمة الأحناف والمالكية بالحديث المرسل دون الشافعية والمحدثين

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٨/١٨.
(٢) المستصفى ١٦٧/١.

مع تطور نظام الإسناد، حيث لم يظهر هذا النظام دفعة واحدة، وبدأ الاهتمام به بعد حدوث الفتنة وانقسام المسلمين بين على ومعاوية، وظل فى التطور طيلة القرن الأول الهجرى، وكان من الطبيعى ألا تشترط مدرستا المدينة والكوفة الاتصال فى الحديث وتحديد التابعى لاسم الصحابى الذى روى عنه، وورث المذهبان المالكى والحنفى تقاليد هاتين المدرستين فأخذا بالحديث المرسل. أما المذاهب التى ظهرت بعد اكتمال نظام الإسناد فقد حق لها أن تنظر إلى الحديث المرسل بعين الحذر والتوجس، وحجة عدم قبول الحديث المرسل قوية فإن الراوى لو ذكر الشيخ المروى عنه ولم يكن عدلاً لم نقبله وإذا لم يسمه فإن الجهل بحاله يكون أتم، فمن لا يعرف شخصه لم تعرف عدالته، وكذلك فإن التابعى لا يروى عن الصحابة وحدهم، بل يحتمل ، وهو الأغلب أن يروى عن تابعى أكبر أو أحفظ للأحاديث منه، وهذا هو الذى دفع المحدثين إلى إنكار حجية الحديث المرسل.

رواية الحديث بالمعنى:

لا خلاف بين الأصوليين على تفضيل رواية الحديث بلفظه لمن يتذكر لفظه، لأنه الأحوط فى نقل المعنى، كما أنه لا خلاف بينهم على تحريم رواية الحديث بمعناه من غير اعتناء بلفظه إذا لم يكن الراوى عالماً بمدلولات الألفاظ قادراً على أداء المعنى الذى قصده الرسول.

وقد وقع الخلاف بين الأصوليين فى حكم رواية الحديث بالمعنى للقادر عليه الذى يفهم دلالات الألفاظ، ويستطيع المحافظة على المعنى، واتجهوا فى ذلك اتجاهين:

الأول، اتجاه جمهور الأصوليين إلى الحكم بجواز رواية الخبر على المعنى من غير اعتناء باللفظ إذا كان الراوى قاطعاً بأنه ادى معنى اللفظ الذى بلغه، ويستدل الجمهور على ما ذهب إليه بالأدلة التالية:

١ـ مسلك أصحاب رسول الله ﷺ فى نقل المعنى الواحد فى الموضوع الواحد بألفاظ مختلفة، وهو دليل على عنايتهم بنقل المعنى.

٢ـ مسلك الرسول ﷺ فى تكليف أصحابه تبليغ أوامره ونواهيه دون أن يكلفهم حفظ ألفاظه إلا فى الأمور المتعبد بها، كحفظ ألفاظ التشهد والأذان، أما فيما لا تعبد بحفظ الألفاظ فيه فلم يقصد الرسول إلا إلى امتثال أوامره وطاعة ما يبلغه من أحكام.

٣ـ الرسول ﷺ مبعوث للعرب وغيرهم «ولا يتأتى إيصال معنى أوامره إلى معظم خليقة الله سبحانه وتعالى إلا بالترجمة»[١].

ومفاد هذا الدليل الذى يسوقه الجوينى أنه إذا جازت ترجمة الأحاديث من اللغة العربية إلى غيرها فإنه يجوز إحلال ألفاظ محل ألفاظ أخرى إذا تحقق الحفاظ على المعنى.

أما الاتجاه الآخر فهو ما ذهب إليه جمهور المحدثين، ويقضى هذا الاتجاه بالمنع من رواية الحديث بالمعنى قصداً إلى الحفاظ على الحديث والحذر من البعد عن المعنى المتضمن فى النص، إذ يصعب الحفاظ على المعنى مع تبديل الألفاظ واختلافها، يتأكد هذا بملاحظة اختلاف الشراح فى تفسير النص الواحد تبعاً لاختلاف خبراتهم وآرائهم، فإذا جاز لهم الرواية بالمعنى وقع التفاوت بينهم تبعاً لذلك.

ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بما روى من قوله ﷺ : «نضر الله أمراً سمع مقالتى فوعاها ثم أداها كما سمعها فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه». غير أن الجوينى يرفض الاستدلال بهذا الحديث فى هذا المقام، بناء على أنه من أخبار الآحاد التى لا يستدل بها فى الأمور القطعية والأصول. وهذا هو مقصوده بقوله فى التعقيب على الحديث: «هذا أولاً من أخبار الآحاد

---

(١) البرهان في أصول الفقه للجويني ٦٥٧/١.

ونحن نحاول الخوض في مخاض القطعيات» [1].

أما الآمدى فلا يرفض الاستدلال بهذا الحديث على جواز رواية الحديث بالمعنى، ويبين دلالته على هذا الجواز بأن من أدى معنى الحديث وإن لم يحافظ على لفظه يكون مؤدياً له كما سمعه ، وفضلاً عن ذلك فإن هذا الحديث نفسه قد روى بألفاظ مختلفة والمعنى واحد، «فإنه قد روى نضر الله أمراً ورحم الله امرأ ، ورب حامل فقه غير فقيه، وروى لا فقه له» [2].

ومع ذلك فإن هناك أمرين ينبغي الالتفات إليهما:

١ـ يترجح جواز رواية الحديث بالمعنى فيما يدل عليه مسلك كبار المحدثين أنفسهم، ذلك أنهم يروون الحديث بألفاظ مختلفة في أحيان كثيرة، ولا يمتنعون من رواية الحديث إذا اختلفت ألفاظه باختلاف طرقه ورواته، ولا يدل رأيهم في المنع من رواية الحديث بالمعنى إلا على الرغبة في بذل الجهد للحفاظ على لفظ الحديث عند روايته تحرزاً عن التغيير في معنى الحديث.

٢ـ لا يفيد هذا الترجيح جواز تعمد مخالفة ألفاظ الحديث مع تذكرها وإنما يفيد جواز رواية معنى الحديث إذا لم يتذكر الراوى ألفاظه ولا يجب عليه أن يمتنع عن الرواية إذا سها عن بعض ألفاظ الحديث مع تأكده من حفاظه على المعنى. أما إذا تأكد من السهو عن بعض الألفاظ وتأكد من عدم ضبط المعنى المتضمن في الحديث فإنه لا يجوز له أن يرويه.

السنة غير التشريعية:

بعض أفعال الرسول ﷺ وبعض أقواله الصادرة عنه ليسا من قبيل التشريع الذى يلزم آحاد الأمة العمل به، وإنما ذلك في المجالات التالية:

١ـ ما صدر من قول في الأمور التي لا يتعلق بها تشريع كأمره ﷺ أهل المدينة أن

---

(١) البرهان ٦٥٧/١.

(٢) الإحكام للآمدي ٦٥/٢.

يتركوا تأبير نخلهم وتلقيحه فتركوا ذلك فتلفت الثمار، فقال لهم أنتم أعلم بأمور دنياكم. ولا يفيد هذا الحديث نفي الحجية عن السنة المتعلقة بأمور الدنيا كلها، وتنظيم شئون المجتمع وحياة الناس فيه، فهذا الفهم معارض بالنصوص والأصول الداعية إلى وجوب طاعة الله ورسوله والرجوع إلى حكمه فيما ينشأ من خلاف. وتنحصر أمور الدنيا التى لا تجب فيها الطاعة فى هذه الممارسات التى لا تتعلق بتنظيم أحوال المجتمع ولا بشئون التشريع.

٢ـ الأفعال الطبيعية الجبلية التى يقوم بها الرسول بصفته البشرية مما لا يتعلق بتبليغ أو رسالة كالقيام والقعود والحب لبعض الأشياء أو عدم التعود على بعض المطعومات كامتناعه عن أكل الضب مبيناً أنه مما لم يتعود على أكله.

٣ـ الأمور التى ثبت اختصاصه بها كزواجه أكثر من أربع نسوة فى وقت واحد وكوصاله فى الصوم وعدم أخذه من الصدقات.

وبهذا فإن السنة التشريعية هى التى تتعلق بأمور الدين وتنظيم الحياة الاجتماعية، أما السنن التى تتعلق بما اختص به النبى ﷺ أو بالخبرات العملية كتأبير النخل أو بأمور الغريزة والطبيعة البشرية فليس هذا كله من السنن التشريعية التى يلزم العمل بها. وفى هذا يؤكد السبكى أن ما كان من أفعاله ﷺ جبلياً أو مختصاً به فلسنا متعبدين بوجوب العمل به وطاعته فيه[1].

السنة التشريعية والتصرفات بالإمامة والقضاء:

الرسول ﷺ مبلغ عن ربه ما أمر بتبليغه بمقتضى الرسالة كأحكام الصلاة والزكاة والحج وبيان ما أجمله القرآن من مبادئ، وهذه هى السنن المتعلقة بأمور التشريع والتى يلزم اتباعها والعمل بها لعموم طبيعتها وتوجهها إلى المسلمين جميعهم فى أجيالهم المختلفة.

أما ما يقوم به الرسول ﷺ بمقتضى إمامته ورئاسته للدولة الإسلامية بعد

تكون المجتمع الإسلامى فى المدينة فلا يدخل فى السنة التشريعية، وإنما هو من قبيل السياسات المختصة بوقت معين، من ذلك إعلان الحرب، وإبرام المعاهدات، وعقد الألوية للقتال، وإرسال الرسل، وتنفيذ الحدود، وتوزيع العطايا.

ونظراً لارتباط هذه السياسات بظروف خاصة فقد جاز تغييرها بتغيير الظروف، يوضح ذلك أن الرسول ﷺ عقد معاهدة مع يهود خيبر بعد انتصاره عليهم، على أن يبقوا فى أرضهم، يزرعونها ويؤدون بعض ما يخرج منها إلى الدولة الإسلامية. وقد استمر تنفيذ هذه المعاهدة والالتزام بها مدة أبى بكر، ثم لما تولى عمر رأى إلغاء هذه المعاهدة وإخراج اليهود من خيبر بناء على ما رآه من الملاءمات السياسية واختلاف ظروف الدولة فى أيامه عن ظروفها قبله.

وليس من السنة التشريعية كذلك تصرفه ﷺ بالقضاء والحكم بين المسلمين، ذلك أنه كان يقضى بين المتنازعين بمقتضى وسائل الإثبات وظروف المتقاضين فى وقائع خاصة ليس لها طابع العموم. ويوضحه اختلاف الفقهاء فى موضوع «الظفر بالحق» وحق الدائن فى اقتضاء دينه بالاستيلاء على أموال المدين دون إذنه، من ذلك أن يكون لك مائة على أحد ووجدت له مالاً يساوى مائة، فهل يجوز لك أخذ هذا المال دون إذن صاحبه وفاءً بالدين الذى لك. ذهب الإمام مالك إلى القول بجواز ذلك استدلالاً بما وقع من قضائه ﷺ لهند زوجة أبى سفيان بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وما يكفى ولدها بالمعروف بدون علم زوجها الذى امتنع عن الإنفاق عليها.

أما الشافعى وبعض الفقهاء الآخرين فقد ذهبوا إلى أنه لا حق للدائن فى الاستيلاء على قيمة دينه من مال المدين دون إذنه إلا بقضاء القاضى، بناء على أن هذا من شأنه أن يؤدى إلى التشاحن وتيسير الاستيلاء على أموال الناس دون إذنهم، وردوا الاستدلال بحديث هند فى ذلك بأن الرسول ﷺ تصرف بكونه قاضياً يقضى فى نزاع خاص لا ينتقل حكمه فيه إلى غيره.

وهكذا فإن للرسول وظائف متعددة، فهو يقوم بوظيفة التبليغ عن ربه، وتجب طاعته فى هذا الذى يصدر منه من سنن بمقتضى رسالته، أما ما يصدر منه بكونه إماماً ورئيساً للدولة الإسلامية أو قاضياً يحكم بين الناس فيما يعرض بينهم من نزاع فلا يعد من السنن التشريعية، ولا يلزم اتباع أحكامه فى هذين الحالين، باعتبار أن حكمه فيهما مرتبط بظروف أو بأحوال خاصة لا تتعداها إلى غيرها مما قد يشبهها فى بعض الأمور ويخالفها فى بعضها الآخر.

وهذا هو الفرق بين السنة الصادرة عن الرسول ﷺ بحكم الإمامة أو القضاء، وبين ما صدر من السنة بحكم الرسالة والتشريع.

وخلاصة هذا التفريق أن السنة التشريعية الصادرة بحكم الرسالة والتبليغ هى التى يجب العمل بها واتباعها، أما السنن الصادرة بحكم الإمامة أو القضاء فلا يلزم اتباعها والعمل بها.

﴿ثالثاً - الإجماع﴾

أصل الإجماع وتطوره:

يستند الإجماع كمدرك من مدارك الحقيقة إلى شعور فطرى، إذ يجد الإنسان من نفسه دافعاً إلى التسليم والقبول لما يشترك معه الآخرون فى تصديقه والاتفاق عليه.

ويستعين الإنسان ببعض صور الإجماع فى صوغ آرائه وأفكاره ومواقفه العملية فى كثير من المواقف وفى تشكيل فروضه الأساسية.

وتبدو أهمية هذا الأسلوب المنهجى فى أن لكل مجتمع من المجتمعات مسلماته الخاصة وفروضه الأساسية التى استقرت فى وجدان أفراده ويتوارثها

الخلف عن السلف. وفى هذا دلالة على رجوع أسلوب الإجماع إلى الفطرة الإنسانية وعلى استناده إليها شأنه فى هذا شأن الوسائل المنهجية الأخرى التى يعتمد عليها الإنسان فى الوصول إلى المعرفة، وهو لا يختلف فى هذا عن مناهج التجربة والملاحظة والاستقراء.

وهذا الأصل الفطرى للإجماع هو الذى أدى إلى سرعة ظهوره فى وعى الصحابة والتعبير عنه فى أقوالهم والاعتماد عليه فى عدد من الوقائع العملية من بينها اختيار أهل الحل والعقد أبا بكر خليفة المسلمين، واتفاقهم على بدء حروب الردة ، وعلى بدء حركة الفتوحات الإسلامية، وعلى جمع القرآن الكريم وتطبيق أحكامه فى حياتهم وغير ذلك من المسائل الرئيسة التى واجهت المسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ، وكان إجماعهم على أساليب التصدى لها هو الذى مكنهم من مواجهتها، ولم يقف اعتماد الصحابة على الإجماع عند حدود هذه المسائل الرئيسية بل ظهر على نحو متكرر فى مسائل الفقه وفروعه، وخاصة فى عهد عمر بن الخطاب الذى قاد المسلمين إلى الاتفاق على رأى واحد كما هو الحال فى تأسيس النظام المالى للدولة الإسلامية، وإقرار أهل البلاد المفتوحة على أراضيهم يزرعونها ويؤدون خراجها للدولة الإسلامية، ومن ذلك رأيه فى عدد من مسائل الميراث والطلاق، كتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم، وإيقاعه الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات مع أنها كانت تقع واحدة على عهد النبى ﷺ وأبى بكر، ومن ذلك أيضاً اتفاقهم على تنصيب خليفة للمسلمين، ومشروعية الاجتهاد فى التعرف على الأحكام الشرعية وجواز التقليد للعامى.

وعندما تكونت المدارس الفقهية فى القرن الأول الهجرى وحدث التقابل بين أشهرها، وهى مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة، ظهر الاتفاق داخل كل مدرسة على عدد من المبادئ والأحكام الفرعية على نحو تميزت به كل مدرسة عن غيرها، وتظهر هذه الاتفاقات التى تمسكت بها كل مدرسة فى مقابل غيرها فى

عدد من المؤلفات التى ترجع إلى القرن الثانى الهجرى، من مثل كتاب الحجج المبينة فى الرد على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيبانى، ويدل هذا الكتاب ورد الإمام الشافعى عليه فى الجزء السابع من الأم على وجود اتفاق داخلى بين أعضاء المدرسة الواحدة، وقد توارثت هذه المدارس هذه الاتفاقات، واستمرت عليها إلى وقت لاحق، وانبرى المخلصون من أبنائها إلى الدفاع عن تقاليدها واجماعاتها على نحو كان له أثره فى تميز كل مدرسة عن غيرها واستقلالها وإقدارها على البقاء.

وتكاد تكون هذه الصورة الأولى من حيث التطور التاريخى للإجماع، وتتسم هذه الصورة بالواقعية والتعلق بالمسائل الفقهية الفرعية وبعض الجزئيات الأخرى، غير أن هذه المرحلة من الإجماع لم تشهد تحقيق أى مفهوم للإجماع أو تقنين شروطه أو كيفيات الإفادة منه أو الأسس التى يستند إليها أو الأدلة التى تقوم عليها حجيته. غير أن هذه الجوانب النظرية لهذا الإجماع الإقليمى أو المدرسى ما لبثت أن طرحت على مائدة البحث والنقاش. ويتجلى ذلك فى رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد فقيه مصر فى القرن الثانى الهجرى، وينقم مالك على الليث فى هذه الرسالة مخالفته لإجماع أهل المدينة ومذهبهم، ويشير إلى أهمية هذا الإجماع فى تحديد معانى النصوص وتفسيرها، وفى تحديد الحكم الشرعى عند عدم وجود النص، كما يوضح فى هذه الرسالة الأسس المنطقية والأدلة الشرعية التى يقوم عليها هذا النوع من الإجماع. وقد رفض الليث هذه الأسس والأدلةالتى تحصر الحجية فى إجماع أهل المدينة، وذلك فى رده على رسالة الإمام مالك، وأوضح أن هذه الأدلة تقدم أسس الاعتراف بحجية هذا الإجماع المحلى أو المدرسى فى البيئات الأخرى، بحكم أن صحابة الرسول ﷺ قد تفرقوا فى الأمصار المختلفة، ونقلوا إليها السنن، فحق لفقهاء هذه البلاد أن يجتهدوا لأنفسهم وأن يعملوا بما أداهم إليه اجتهادهم.

غير أن الشافعي قد هاله اختلاف الناس في الأمصار المختلفة، وتمسك كل مدرسة بما اتفق عليه زعماؤها، وقد أراد التقريب بينهم لإضفاء الوحدة والتناسق على الاجتهاد الفقهي، فعمد إلى استبعاد هذا الإجماع المحلي الضيق والمحدود بحدود المدرسة الواحدة، فاتجه إلى استحداث مفهوم جديد للإجماع، يقوم على العموم وشمول علماء المسلمين جميعهم في الأمصار المختلفة. وهذا هو الذى يعرف به الإجماع، إذ يقول: «لست أقول ولا أحد من أهل العلم هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك وحكاه عمن قبله كالظهر أربع وكتحريم الخمر وما أشبه.

ويبدو أن هذا الرأى قد صيغ قبل الشافعي في بيئات الاعتزال والمذهب الحنفي، إذ إنه يعبر عن اشتراكه في هذا التحديد للإجماع مع أهل العلم، غير أنه هو الذى أبرز هذا المفهوم وألح عليه في إطار نظريته الأصولية. وينحصر ما أجده الشافعي في تحديده مفهوم الإجماع في الأمور التالية:

١ـ استبعاد الإجماع المحلي الإقليمي.

٢ـ إحلال مفهوم الإجماع العام الواسع الذى يشمل علماء المسلمين جميعهم في الأمصار الإسلامية المختلفة.

٣ـ تحديد وظيفة الإجماع في تأكيد المفاهيم الأساسية الواضحة التي لا يجوز الخلاف فيها، وبهذا وجد الفقه الإسلامي الوسيلة المنهجية التي تضمن الاتفاق على الفروض الأساسية فيه أو المبادئ العامة التي تشكل قوامه وروحه وتضمن له وحدته.

٤ـ تضاؤل دور الإجماع في استنباط أحكام فقهية وتضييق احتمالات تحققه، إذ لا يتحقق الإجماع بهذا إلا في الأمور الأساسية التي لا يسع أحداً الخلاف فيها، ولا تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك بتعبير الشافعي.

٥ـ استناد الإجماع إلى النصوص القطعية الدلالة والثبوت، لأن النصوص

المحتملة فى الثبوت أو الدلالة لا يتحقق الإجماع حولها، وبهذا فإن الدور الذى كان يحققه الإجماع الإقليمى فى تفسير النصوص أو فى الحكم على ثبوتها قد تضاءل للغاية بعد انتقال الإجماع إلى هذا المفهوم العام الشامل للفروض الأساسية وحدها التى لا تلقى عالماً أبداً إلا قالها لك وحكاها عمن قبله.

لقد أصبح الإجماع بفضل تحديد الشافعى له على هذا النحو درعاً يحمى الفقه الإسلامى من تسلل أى عنصر أو حكم أو مبدأ لا يتفق مع روحه العامة ويناقض مبادئه التى يقوم عليها.

غير أن النظرية الأصولية لم تقف بالإجماع عند هذا الحد، فقد بذلت جهود أخرى لإضفاء نوع من الحيوية على الدور الذى يمكن للإجماع القيام به. ولعل للمعتزلة فضلاً كبيراً فى تطوير مفهوم الإجماع وتجاوز الحدود التى قيده بها الشافعى. وهذا هو ما تدل عليه هذه الصور التى قدمها أبو الحسين البصرى فى المعتمد شرح العُمَد للاحتجاج بالإجماع وإمكان الإفادة منه. ويدل على فضل المعتزلة فى دفع مفهوم الإجماع إلى التحديد النهائى وجود هذا الفرق الواضح بين تناول مباحثه فى رسالة الشافعى وبين تناول هذه المباحث نفسها فى كتب المعتمد والبرهان للجوينى والمستصفى للغزالى.

ومن هذا يمكن التمييز بين المراحل التى مر بها الإجماع، وهذه المراحل هى:

١ـ الإجماع فى عصر الصحابة، وهو نوع من الإجماع العملى الذى تحقق فى عدد كبير من الأحكام والتشريعات.

٢ـ الإجماع المحلى الإقليمى الذى ظهر فى المدارس الفقهية الباكرة. وقد بدأ هذا الإجماع عملياً، غير أنه تم اكتشاف أسسه النظرية فيما بعد، فيما تكشف عنه رسالة مالك إلى الليث والرد على هذه الرسالة.

٣ـ الإجماع بمفهومه العام المجمل الذى عبر عنه الشافعى، والذى ينحصر فى المبادئ الأساسية للدين.

٤ـ الإجماع بمفهومه العام مع تنشيط الدور الذى يقوم به فيما حدده الأصوليون بعد الشافعى.

تعريف الإجماع:

استقر الأمر لدى الأصوليين على استبعاد مفهوم الإجماع المحلى الذى يحصره فى اتفاق مجتهدى مدرسة بعينها وعلى تبنى مفهوم أوسع للإجماع يشمل اتفاق فقهاء العصر جميعهم على أمر من الأمور. ويحقق الإجماع بهذا دوراً ذا أهمية خاصة فى إنشاء الأساس النظرى الذى تقوم عليه الثقة فى المبادئ الفقهية الأساسية، حيث اعتبر الإجماع مفيداً للعلم اليقينى.

ويتبادل الإجماع مع التواتر فى إضفاء الثقة بجملة المبادئ الأساسية فيما ينقل من نصوص وفى تفسيرها وفهمها، وسأعود إلى هذا لتوضيحه فيما بعد.

أما تعريف الإجماع بمعناه العام الواسع فيتردد أنه هو «اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور على حكم شرعى بعد وفاة النبى ﷺ».

ويتألف هذا التعريف من المعانى التالية:

١ـ كون الاتفاق من المجتهدين، أما العوام ومن فى حكمهم من غير من بلغوا رتبة الاجتهاد فليسوا من أهل الإجماع، ولا يتوقف انعقاده على اتفاقهم.

٢ـ تعدد المجتهدين حتى يجرى الاتفاق بينهم، أما إذا لم يتعددوا فلا يتحقق إجماع. وقد اشترط بعض الأصوليين من المعتزلة بلوغ المجتهدين فى العدد حد التواتر[1] حتى يؤمن الوقوع فى الخطأ مما يدل على قيام هذه الصلة المنطقية

---

(١) المنخول للغزالى، ص ٣١٢.

بين الإجماع والتواتر. واشترط البعض بلوغ عدد المجتهدين الذين يتحقق الإجماع باتفاقهم ثلاثة، لأنه أدنى عدد للجماعة، وطبقاً لهذا الرأى يتحقق الإجماع إذا لم يوجد فى عصر من العصور سوى ثلاثة من المجتهدين واتفقوا جميعاً على رأى واحد فى حكم شرعى.

٣ـ الاتفاق الإجماعى غير الاتفاق بالأغلبية، ولهذا لو خالفت الأقلية ما اتفقت عليه الأغلبية فى عصر من العصور لم ينعقد الاجماع. وهذا هو مذهب أكثر الناس. لكن ذهب أحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه وأبو بكر الرازى ومحمد بن جرير الطبرى وأبو الحسن الخياط إلى انعقاده[١]. غير أنه يجب التفريق بين ما أجمع عليه المجتهدون كلهم، وبين ما اتجهت إليه الأغلبية فى المسائل الاجتهادية، حيث يفيد الاتفاق الإجماعى العلم اليقينى، وهو دور الإجماع ووظيفته. أما الاتفاق الأغلبى فلن يفيد هذا العلم اليقينى، وسينحصر دوره فى إفادة ظن راجح بصواب ما اتجهت إليه الأغلبية وخاصة إذا كان لرأى الأقلية وجه معتبر.

٤ـ لا يختص الإجماع بعصر من العصور كعصر الصحابة، وإنما يمكن تحقيقه فى أى عصر، وقد خالف فى ذلك أهل الظاهر وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين[٢] عنه، ورأوا أن الإجماع خاص بعصر الصحابة وحدهم، لأنهم هم الذين ثبتت عصمتهم ولا ينهض هذا الرأى على أساس، لأن العبرة فى الإجماع هو اتفاق المجتهدين المستند إلى دليل شرعى، وهو لا يختص بعلماء عصر دون من سواهم.

٥ـ كون المجتهدين من أمة محمد ﷺ، أما المجتهدون من الأمم الأخرى فلا ينعقد الإجماع بهم، ولا يخرق بدونهم.

---

(١) منتهى السول للآمدي، ص ٥٥.
(٢) السابق، ص ٥٢.

٦- يتحقق الإجماع فى الأحكام الشرعية كالوجوب والحرمة والندب وغيرها، ولا يتحقق فى الأحكام اللغوية أو العقلية.

أهل الإجماع ومن لهم الحق فى عقده:

ينعقد الإجماع كما تقدم باتفاق المجتهدين، أهل الحل والعقد، على حكم شرعى كما تقدم، ولا يتصور دخول العوام فى الإجماع بهذا المعنى لعدم قدرتهم على النظر فى الأدلة الشرعية واستنباط الأحكام منها.

غير أنه يتصور تحقق الإجماع باتفاق العوام وغير المجتهدين فى الأمور التى يفهمونها ويشتركون في إدراكها مع غيرهم من أهل الاجتهاد، وفى هذا يقول الغزالى: «يتصور دخول العوام فى الإجماع، فإن الشريعة تنقسم إلى ما يشترك فى دركه العوام والخواص كالصلوات الخمس ووجوب الصوم والزكاة والحج، فهذا مجمع عليه وإلى ما يختص بدركه الخواص كتفصيل أحكام الصلاة والبيع. فما أجمع عليه الخواص فالعوام متفقون على أن الحق فيه فهم موافقون أيضاً فيه، ويحسن تسمية ذلك إجماع الأمة قاطبة، كما أن الجند إذا حكموا جماعة من أهل الرأى والتدبير فى مصالحة أهل قلعة فصالحوهم على شئ يقال هذا باتفاق الجند، فإذن كل مجمع عليه من المجتهدين فهو مجمع عليه من العوام وبه يتم إجماع الأمة» [1].

ويستفاد من هذا دخول العوام فى الإجماع بوجهين، أولهما غير مباشر، ويتحقق ذلك فى الأمور التى لا يدركونها ولا يستجمعون شروط النظر فيها، فيصار إلى مجتهدى الأمة الذين ينوبون عن العامة ويمثلونهم فى النظر والتقدير والاستنباط، فإن اتفقوا على رأى كان إجماعاً للأمة كلها. أما الثانى فهو المباشر، ويتحقق هذا فى الأمور التى يفهمها الجميع ويدركونها، وذلك كالأمور الأساسية

(١) المستصفي ١٨١/١.

فى الدين من وجوب الصلاة والزكاة واستحقاق الأولاد والأزواج والزوجات فى الميراث مما يفهمه الجميع.

ولكن كيف يمكن أخذ رأى جماهير المسلمين فى موضوع من الموضوعات؟

يتصور الغزالى إمكان أخذ رأى الجماهير فى «ملك سايس يجمعهم على صعيد واحد يستفتيهم فيفتون أو يراسلهم أو يكاتب جميعهم ويعلم توافقهم فى وقت واحد، فهذا طريق تصوره والعلم به »[1]. وقد كان من الممكن أن يصل الفكر الأصولى إلى تحديد أسلوب الاستفتاء الذى اقترب منه فى البحث عن أساليب التعرف على رأى الجماهير فى الأمور العامة لو تطلب ذلك الواقع السياسى والاجتماعى.

أنواع الإجماع :

ينقسم الإجماع بالنظر إلى كيفية حدوثه ووقوعه إلى قسمين:

الأول .. الإجماع الصريح القولى، وهو الذى يكون باتفاق المجتهدين بتعبير صريح إيجابى عن رأيهم فى حكم شرعى، وقد يجرى تعبيرهم ببحثهم المسألة فى اجتماع للمجتهدين أو بمكاتبتهم ورد كل واحد منهم على ما وجه إليه من أسئلة، أو بافتاء كل منهم فيها. وتزيد احتمالات حدوث مثل هذا الإجماع الصريح فى العصر الحديث، حيث يمكن أن تتكفل المجامع الفقهية المؤلفة فى البلاد الإسلامية بقيادة الاجتهاد الجماعى وحث المشتغلين بالفقه على النظر فى المسائل الحادثة والمعاملات الطارئة والانتهاء إلى رأى فيها.

ومن أمثلة الإجماع الصريح الذى تحقق فى العصر الحديث الاتفاق على جواز التأمين التبادلى Mutual Insurance أو التعاونى Cooperative

[1] المنخول ، ص ٣١٢.

Insurance الذى اتفق الكاتبون فى التأمين على حله. أما التأمين التجارى فقد اختلف الناس فيه واحتدم النقاش بشأنه إلى مجيز ومبطل، ولكل وجهته وأدلته التى يستند إليها.

والثانى: الإجماع السكوتى، وهو أن يبدى بعض المجتهدين رأيه فى حكم شرعى، ولا يخالفه الآخرون صراحة كما لا يعبرون عن موافقتهم لهذا البعض فهذا هو الإجماع السكوتى. وإنما يتحقق هذا النوع من الإجماع بالشروط التالية:

١ـ ألا يتضمن السكوت دلالة على المخالفة.

٢ـ ألا يكون السكوت للخوف من الأذى أو الضرر، ذلك أن السكوت إن كان لشئ من ذلك لم يفد معنى الرضا والموافقة.

٣ـ مضى مدة كافية للنظر فى المسألة المجتهد فيها.

وإنما يتحقق الإجماع بالسكوت لأن صمت المجتهد عن المعارضة مع تمكنه من إبداء رأيه قد يحمل على الموافقة، لأن السكوت فى معرض الحاجة بيان، وقد اختلف العلماء فى حجية الإجماع السكوتى، واتجهوا فى ذلك الاتجاهات الثلاثة التالية:

- الاتجاه الأول: أنه ليس بإجماع، لأنه لا ينسب لساكت قول، ولا يحمل سكوت المجتهد على الموافقة، لاحتمال أنه لم ير داعياً لإبداء رأيه فى المسألة المطروحة، وهذا مذهب الشافعى والمالكية.

- الاتجاه الثانى: أنه حجة تفيد القطع واليقين مثله مثل الإجماع الصريح، لأن السكوت يحمل على الموافقة، متى قامت الأسباب الداعية إلى التعبير عن المعارضة إن وجدت، وانتفت المخاوف المانعة من هذا التعبير وهو مذهب الحنابلة وأكثر الحنفية.

• الاتجاه الثالث: إن الإجماع السكوتي حجة ظنية، تفريقاً بينه وبين الإجماع الصريح، وطبقاً لهذا الرأي فإن الإجماع السكوتي إجماع، لكنه لا يفيد اليقين.

أقسام الإجماع بحسب المجمعين:

يناقش الأصوليون عدداً من أقسام الإجماع بحسب شخصيات المجمعين وانتماءاتهم، ومن ذلك ما يلي:

١- إجماع أهل المدينة :

ذهب مالك إلى أن إجماع أهل المدينة حجة يلزم غيرهم اتباعهم فيما اجتمعوا عليه. ويستدل لذلك بأدلة عديدة، من بينها أن المدينة دار هجرة النبي ﷺ ومستقر الإسلام، ومجمع الصحابة، فتكون الأعراف التي تكونت فيها مقبولة من الصحابة فلا يجوز الخروج عليها.

ويخالف الجمهور في هذا ويرون أن إجماع علماء المدينة وأهلها لا يكون حجة في أحوال مخالفة غيرهم لهم، لأن الصحابة قد تفرقوا في البلاد المختلفة، فلا يكون إجماع أهل المدينة بأولى من إجماع غيرهم.

٢- إجماع أهل البيت:

مذهب الشيعة أن إجماع أهل بيت النبي ﷺ حجة، وليس لغيرهم مخالفتهم فيما أجمعوا عليه، وذلك لأنهم «أهل بيت الرسالة ومعدن النبوة والوقوف على أسباب التنزيل ومعرفة التأويل وأفعال الرسول وأقواله لكثرة مخالطتهم له ﷺ»[١]. وأهل البيت هم علي، وفاطمة، والحسن، والحسين.

ويخالف أهل السنة في ذلك، ولا يرون حُجِّيَّةَ لإجماع آل البيت.

---

(١) الإحكام للآمدي، ٢٢٣/١.

٣- إجماع الخلفاء الأربعة:

إذا اتفق الخلفاء الراشدون الأربعة على حكم شرعى لم يعتبر هذا إجماعاً يلزم غيرهم اتباعه خلافًا لبعض من ذهب إلى ذلك استدلالاً بما روى من قوله ﷺ : «عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى، عَضوا عليها بالنواجذ»، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول ﷺ أوجب اتباع سنة هؤلاء الخلفاء اتباع سنته.١٧٤ مثلما أوجب إ

صور تحقق الإجماع

يتحقق الإجماع فى الصور التالية:

- الصورة الأولى: الإجماع المفيد للقطع واليقين فى حكم شرعى مظنون قبله، كالإجماع على أن السكر حرام [١]، وكالإجماع على استحقاق بنت الابن السدس مع البنت تكملة للثلثين، والإجماع على أن الإخوة لا يرثون مع الأب شيئاً، والإجماع على أن الجدة لا ترث مع الأم، والإجماع على جواز الوصية للوالدين والأقارب غير الوارثين، والإجماع على تقييد الوصية بالثلث إلا أن يجيز الورثة الوصية بما زاد على هذا الحد، ومنه الإجماع على أن للزوجة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها [٢]، وألا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها [٣].

وتكمن فائدة الإجماع فى هذه الصورة فى أن أحكام هذه الفروع مظنونة قبله، لأنها مستندة إلى نصوص ظنية فى ثبوتها أو دلالتها، وتصير بعده إلى إفادة العلم اليقينى، حتى لا يصح لأحد الخلاف فيها.

---

(١) الإجماع لابن المنذر ، ٦٤.

(٢) السابق، ٧٤.

(٣) السابق ٧٧.

• الصورة الثانية: الإجماع المفيد للقطع واليقين فى حكم شرعى كان مقطوعاً به قبل انعقاد الإجماع، من ذلك الإجماع على استحقاق الزوج النصف عند عدم وجود الفرع الوارث، وأن له الربع إذا وجد الفرع الوارث [1]، ومن هذا القبيل الإجماع على تحريم أن ينكح الرجل أمه[2]، وأن الزوجة لا تحل لمن طلقها ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره [3]، وأجمعوا فيمن طلق زوجته المدخول بها طلاقاً يملك رجعتها وهو صحيح أو مريض فماتت أو مات قبل انقضاء العدة أنهما يتوارثان [4].

وإنما يفيد هذا الإجماع تأكيد اليقين المستفاد من النصوص قبل انعقاده، ويترتب على تأكيد اليقين بالإجماع على هذا النحو أنه لا يجوز لأحد التعرض لهذه النصوص بتفسيرها تفسيراً يستوجب المخالفة، والخروج على ما استقر عليه الإجماع. وبهذا ينهى هذا النوع من الإجماع احتمال تفسير النص المقطوع بثبوته ودلالته تفسيراً آخر ينزل به عن مرتبته التى استقر عليها.

وعلى سبيل التوضيح فإن ميراث الأم هو الثلث عند عدم الإخوة أو الفرع الوارث طبقاً لما جاء فى القرآن، غير أن هذا «الثلث» قد صار إلى «ثلث الباقى» بعد نصيب الزوج أو الزوجة فى تفسير عمر واجتهاده. أما نصيب الزوج والزوجة وهو النصف أو الربع أو الثمن تبعاً لوجود الأولاد أو عدم وجودهم فلا يحتمل مثل هذا التفسير بعد أن صار الإجماع عليه، وهكذا فإن للإجماع وظيفة بالغة الأهمية فيما تفيده النصوص المقطوع بثبوتها ودلالتها، لأنه ينفى تطرق الظن والاختلاف فى تفسيرها فيما بعد.

---

(1) لسابق، ٦٧.
(2) السابق ٨٠.
(3) السابق ٧٥.
(4) السابق ٨٠.

• الصورة الثالثة: الإجماع على تأويل النص على نحو معين، فلا يجوز الخروج على هذا التأويل فى الأجيال اللاحقة، ومن ذلك أن قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة﴾ خاص بالاتهام بالزنا، حيث أجمع العلماء على تفسير رمى المحصنات بذلك، فلا يجوز تفسيره بما يشمل الاتهام الكاذب بالسرقة أو الغش أو الاختلاس مع أن هذا كله من قبيل الرمى بالتهم الكاذبة.

وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ يفيد إثبات عقوبة قطع اليد فى السرقة متى اكتملت شروط العقوبة الحدية، فلا يجوز الخروج على هذا التفسير المجمع عليه إلى تفسير قطع أيدى السراق بمعنى كف أيديهم عن العدوان على أموال المجتمع بحبسهم أو تأديبهم بما يردعهم عن ارتكاب جريمتهم. ومن هذا النوع من الإجماع تفسير قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ فى الدلالة على أن عدة الحرة المسلمة التى ليست بحامل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، صغيرة أم كبيرة، وقد أجمعوا فى تفسير هذه الآية على أن الزوجة تمتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام إذا كان زوجها قد طلقها طلاقاً رجعياً ومات قبل انقضاء العدة، حتى لو لم يكن قد راجعها.

ويفيد هذا النوع من الإجماع الوقوف عند تفسير النص على النحو الذى انتهى إليه العلماء بإجماع بينهم فى عصر من العصور، ومعناه أنه لا يجوز استحداث تفسير آخر يعطل التفسير المجتمع عليه [1].

• الصورة الرابعة: الإجماع على علة الحكم الشرعى، وما يجب به، كالإجماع على أن علة القصاص والسبب الموجب له هو القتل العمد العدوان. أما القتل غير العمد فلا يجب القصاص به، ويترتب على أن السبب الموجب

---

(١) راجع المعتمد لأبي الحسين البصري، ٢/٣٥.

للقصاص هو القتل العمد وجوبه على الجماعة إذا قتلوا واحداً عمداً عدواناً طبقاً لما حكم به عمر وأجمع عليه الصحابة فى قضية المرأة اليمنية التى قتلت ابن زوجها بالاشتراك مع عاشقها وصديق له، ومنه الإجماع على أن إتلاف مال غيره أو غصبه موجب للضمان، سواء كان المتلف أو الغاصب مميزاً أو غير مميز، عاقلاً أو غير عاقل، صغيراً أو كبيراً، فيجب الضمان فى كل هذه الأحوال، وقد ترتب على هذا الإجماع وجوب الضمان على إتلاف مال غيره أو غصبه بغير قصد أو بإهمال.

- الصورة الخامسة: الاتفاق على رأى واحد بعد الاختلاف إلى عدة آراء، من ذلك أن الصحابة قد اختلفوا فى حكم بيع أم الولد، وهى الأمة التى ولدت من سيدها، فحكم بعضهم بصحة هذا البيع ومنعه بعضهم. غير أن العلماء قد انتهوا إلى الإجماع على تحريم بيعها، وكثير من العلماء على أن هذا لا يعد إجماعا لسبق الخلاف، واستمرار مذاهب المجتهدين صالحة بعد وفاتهم، ومن عبارات الإمام الشافعى الرشيقة بتعبير الجوينى أن المذاهب لا تموت بموت أصحابها. لكن يرى كثير من العلماء أن الاتفاق بعد الاختلاف إجماع قوى، لأنه يفيد تبين الحق بعد التباسه، ويترتب على ذلك أنه إذا حكم القاضى بصحة بيع أم الولد باجتهاد منه فى ذلك «فهل ينقض حكمه لأن الخلاف الواقع فيها بين الصحابة قد عارضه إجماع الشافعى وعلماء عصره على المنع؟ فيه وجهان»[1]. ذلك أن الذين لم يعتبروا إجماع الشافعى وعلماء القرن الثانى الهجرى على بطلان بيع أم الولد قد أجازوا اجتهاد القاضى فى هذه المسألة، أما الذين اعتبروا الإجماع منعقداً ولو بعد الاختلاف فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز لأحد خلافه، ولهذا سيبطل عندهم اجتهاد القاضى وينقض، ويمتنع عندهم بيع أم الولد بهذا الإجماع.

ويوضح هذه الصورة من الإجماع اتفاق الصحابة على خلافة أبى بكر وحكمهم بانعقاد البيعة له بعد اختلافهم فيمن يتولى منصب الخلافة.

ومن تنوع هذه الصور وتعددها يتضح الدور الذى قام به الإجماع فى التفسير للنصوص والإلحاق بها والاستدلال والتعدليل ورفع الخلاف فى بعض الأمور، وهو بهذا القوة التى تزود بها الفقه لتحقيق نوع من الوحدة والتناسق فى مسيرته الطويلة.

شروط الإجماع:

يشترط لتحقق الإجماع وحجيته الشروط التالية:

١ـ اتفاق المجتهدين جميعهم، أما إذا خالف بعضهم فإن المسألة تكون اجتهادية، ولذا فإن أخذ القانون المصرى بجواز الوصية للوارث استناداً إلى مذهب الشيعة وبعض الآراء الغريبة فى الفقه الإسلامى لا يعد خرقاً للإجماع بالمعنى العام، وإن اعتبر خرقاً لإجماع المذاهب السنية، وقد ناقش الأصوليون دخول المجتهد المبتدع الذى لا يكفر ببدعته فى أهل الإجماع، والمختار فيما يذكر الآمدى أنه لا ينعقد الإجماع بدونه، لكونه من أهل الحل والعقد وداخلاً فى مفهوم لفظ الأمة المشهود لهم بالعصمة، وغايته أن يكون فاسقاً، وفسقه غير مخل بأهلية الاجتهاد، والظاهر من حاله فيما يخبر به عن اجتهاده الصدق، كإخبار غيره من المجتهدين، وإذا علم صدقه وهو مجتهد كان كغيره من المجتهدين [١].

٢ـ استناد المجمعين إلى دليل، وهو ما يسمى بسند الإجماع، هذا الشرط فيما يبدو وصفى ومبنى على ملاحظة مسائل الإجماع، فإن العلماء استقرأوا أحوال انعقاد الإجماع، ورأوا أن الذى يوجهها إليه هو وجود الدليل الشرعى والتوافق على فهمه واستنباط الحكم منه. أما إذا لم يوجد مثل هذا الدليل الذى يسوق إلى توحيد الرأى فيتعذر الوصول إلى اتفاق عام.

---

(١) الإحكام للآمدي ٢٠٧/١.

وخالف فى ذلك بعض الأصوليين، وذهبوا إلى إمكان انعقاد الإجماع دون وجود سند يدفع المجتهدين إلى الاتفاق ووحدة الرأى فى الموضوع المطروح للنظر. ويلمح الناظر المتأمل أصوات القائلين بالتحسين والتقبيح العقليين وأن الأفعال حسنة أو قبيحة في ذاتها، إذ ما دام الأمر كذلك فلا يمتنع توافق العقلاء على إدراك الحسن الذاتى أو القبح الذاتى فى الفعل.

وقد احتج أصحاب هذا الرأى على مذهبهم بأدلة عديدة من بينها أن الإجماع إذا لم ينعقد إلا بدليل يسنده لكان الدليل هو الحجة ولانتفت الفائدة في اعتبار الإجماع. غير أن هذا الاستدلال مرفوض ولا معنى له، لأن الدليل المعمول به قد يكون ظنياً فى ثبوته أو دلالته فيفتقر إلى الإجماع. كما أنه قد يكون قطعى الدلالة فى بعض ما يستفاد منه على نحو مباشر وظنيها فى غيره فيفيد الإجماع فى إضفاء اليقين على دلالته الظنية، وحتى لو كان الدليل قطعى الدلالة فيما ورد عليه الإجماع فإن الفائدة تتحقق بتوارد الدليلين على مدلول واحد، فيكون فى المسألة حجتان متضامنتان، مما يقوى اليقين الذى تفيده كل منهما.

ويؤدى عدم فهم هذه الملاحظة بشأن تعاضد الأدلة وتضافرها إلى التهوين من قيمة الإجماع وعدم تقدير دوره الحقيقى فى البناء الأصولى.

٣- انقراض المجمعين أى موتهم، وهو رأى بعض الأصوليين، وخالف أكثرهم فى هذا الشرط، ورأوا انعقاد الإجماع بعد حدوث الاتفاق بين المجمعين، حتى لا يجوز لأحد منهم مخالفة الإجماع المنعقد برأيه واجتهاده. أما على رأى من اشترط انقراض المجمعين ووفاتهم حتى ينعقد الإجماع فإن لمن شارك فى تكوين الإجماع ولغيره من المجتهدين مخالفة الإجماع قبل وفاة المجمعين، لأن الحجية تلحق به حينئذ.

٤ـ نقل الإجماع بطريق التواتر، أما إذا نقل بغير التواتر فإنه لا يكون حجة مفيدة للقطع واليقين، ولا يفيد سوى الظن، فتجوز المخالفة. غير أن كثيراً من الأصوليين قد نازع في هذا الشرط، ورأى أن الإجماع إذا نقل بخبر الواحد كان حجة، لأنه كالسنة في الحجية، «فإذا لزمتنا الأحكام بنقل كلام النبى ﷺ من جهة الآحاد فكذلك تلزمنا بنقل كلام الأمة من جهة الآحاد»[1].

ومن الواضح أن التمسك باشتراط التواتر فى نقل الإجماع للقول بحجيته سيؤدى إلى تعذر الاستناد إلى الإجماع، لأن مقتضى هذا الشرط توافر التواتر فى نقل رأى كل مجتهد انعقد به الإجماع، وليس هذا بالأمر اليسير، غير أن عدم اشتراط التواتر فى نقل الإجماع يؤدى إلى التفريق بين الإجماع المنقول بطريق التواتر والمنقول بطريق الآحاد فى أن الأول يفيد القطع واليقين على حين لا يفيد الآخر سوى الظن.

حجية الإجماع :

يفيد الإجماع اليقين إن توافرت فيه الشروط السابقة، حتى لا تجوز مخالفته بعد انعقاده أو بعد انقراض المجمعين على الخلاف السابق بيانه. غير أنه لايفيد سوى الظن عند كثير من العلماء فى حالتين: أولهما الإجماع السكوتى، والأخرى الإجماع المنقول بغير طريق التواتر.

ويستدل على حجية الإجماع بأدلة عديدة من القرآن والسنة والمعقول.

أما القرآن فيستدل منه على حجية الإجماع بخمس آيات، أقواها فى الدلالة على هذه الحجية قوله تعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبيّن له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً﴾. ووجه الاحتجاج بالآية أنه تعالى توعد على متابعة غير سبيل المؤمنين. ولو لم يكن ذلك

(١) المعتمد لأبي الحسين البصري، ٦٧/١.

محرماً لما توعد عليه ولما حسن الجمع بينه وبين المحرم من مشاقة الرسول» [1].

ويستدل على حجية الإجماع من السنة بعدد من أخبار الآحاد مثل قوله ﷺ : «أمتي لا تجتمع على الخطأ، أمتي لا تجتمع على الضلالة، ولم يكن الله بالذى يجمع أمتى على الضلالة». ومثل قوله: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

ولا يخفى أن الاستدلال على حجية الإجماع وإفادته اليقين بأخبار الآحاد المقيدة للظن أمر لا يستقيم من الناحية المنهجية، ومن جهة أخرى فإن الآيات التى يستدل بها على حجية الإجماع ليست نصاً فيه وتحتمل تفسيرها بغير هذا الوجه الذى يصلها بالإجماع، فإن سبيل المؤمنين هو التقوى والطاعة والامتثال، بل تحتمل الآية الدلالة على هذا المعنى بأقرب من دلالتها على الإجماع، ولهذا احتاج الشافعى فترة غير قصيرة لتتبين له هذه الدلالة البعيدة للآية. ويزيد الأمر تعقيداً بمعرفة أن الفروض الفقهية الأساسية ومصادر الأحكام غير النصية تستند على الإجماع.

وفى تقديرى أنه يمكن رفع هذا الإشكال المنطقى فى المقام الأول بإقامة الإجماع على الإجماع نفسه، ولا مانع من ذلك فإن التجربة، وهى أسلوب منطقى، لا تجد أساسها المنطقى إلا فى التجربة نفسها. توضيحه أن الإجماع يفيد بذاته الثقة والاطمئنان إلى نتائجه، ولا يجد المرء حاجة إلى البحث عن أساس منطقى خارجى يدعم هذه الثقة لأمرين فيما يبدو وهما:

---

(1) الإحكام للآمدي ١٨٢/١. والآيات الأخري هي : (وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيداً). وقوله : (كنتم خير أمة أخرجت للناس). وقوله : (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا)، وقوله : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر). ووجه الاستدلال بهذه الآية الأخيرة أن الأمر يرد الشئ المتنازع فيه إلي الله ورسوله عند التنازع والاختلاف يفيد الرجوع إلي الإجماع عند عدم التنازع والاختلاف.

١ـ ما هو مركوز فى الفطرة الإنسانية من الثقة بما يتفق فيه مع غيره من آراء وأفكار.

٢ـ التجربة المفيدة لتطرق احتمالات الخطأ إلى ما ينفرد به الشخص عن غيره، وتضاؤل هذه الاحتمالات كلما اتفقت أعداد كثيرة فى الرأى مع اختلاف الظروف والاتجاهات والمصالح.

لقد كره المناطقة المسلمون الاستدلال على الشئ بنفسه منعاً من التسلسل والدور، ولذا بحثوا عن أدلة أخرى لا توجب الثقة بالإجماع، لتطرق الاحتمال إليها، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، ويبدو أن الطريق الوحيد للخروج من ذلك هو إقامة الثقة بالإجماع على الإجماع نفسه لتأييده بالفطرة والتجربة.

ويشبه الإجماع فى ذلك أسلوب التواتر الذى تستند الثقة به إلى التجربة، فإن الأخبار التى تنقل عن طريقه يندر تطرق احتمالات الخطأ إليها.

﴿رابعاً ـ القياس﴾

تقديم:

يتناول الأصوليون مبحث القياس لا باعتباره مصدراً تؤخذ منه الأحكام، كالقرآن والسنة والإجماع، وإنما باعتباره أسلوباً أو منهجاً يتوصل به إلى الحكم الشرعى بمعونة هذه المصادر. ودوره بهذا مختلف عن الدور الذى يقدمه القرآن أو السنة أو الإجماع أيضاً، فإن هذه المصادر تحتوى على المبادئ والقواعد لتشمل حالات جديدة لم ينص عليها لتوسيع التطبيق القانونى لما تضمنته هذه المصادر من قواعد ومبادئ.

ومن جهة أخرى، فإن القياس الأصولى بأركانه ومسالك العلة فيه قد شكل إطاراً منطقياً لمنهج التفكير الإسلامى على نحو مثل الذاتية الإسلامية وعبر عن حضارة هذه الأمة فى مواجهة التفكير المنطقى اليونانى الذى عبر عن شخصية الحضارة اليونانية. ويرجع إلى أبحاث أستاذنا الدكتور على سامى النشار الفضل فى كشف أهمية القياس الأصولى باعتباره منهجًا منطقيًا يعبر عن الحضارة الإسلامية، وذلك فى كتابه القيم مناهج البحث عن مفكرى الإسلام.

تعريف القياس:

القياس فى اللغة هو التقدير والمساواة، فقست الثوب بالذراع أى قدرته به، وتقول علم فلان لا يقاس بعلم فلان أى لا يساويه. وهو فى الاصطلاح الأصولى عبارة عن إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه النص لاشتراكهما فى علة الحكم. وبهذا يتضمن القياس التسوية بين الأصل الذى ورد فى النصوص حكمه وبين الفرع الذى لم ينص على حكمه لاشتراكهما فى علة الحكم. ومن ذلك أن الخمر محرمة بنصوص القرآن والسنة والإجماع لعلة هى الإسكار، فإذا وجد عقار يؤثر تأثيرها كان محرماً كذلك لاشتراكهما فى علة الحكم وهى الإسكار. وبهذا فإن الخمر أصل لوجود النص على حكمه، والعقار فرع لعدم النص على حكمه، والحكم الذى يشتركان فيه هو الحرمة، والعلة التى يشتركان فيها هى الإسكار.

ومن ذلك أيضاً أن الشارع قد حرم الجمع بين الأختين بقوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾. وأضافت السنة إلى ذلك تحريم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها، لأن مثل هذا الجمع يؤدى إلى قطع الرحم، فيتعدى ذلك إلى الجمع بين المرأة وبنت أخيها أو بنت أختها لأدائه إلى قطع الرحم كذلك.

ومنه أيضاً الحكم الثابت بالسنة فى تحريم البيع على البيع والخطبة على الخطبة منعاً من التباغض والتناحر فيقاس عليه تحريم الإجارة على الإجارة والمزارعة

على المزارعة والمضاربة على المضاربة، لتحقق المعنى نفسه.

وبهذا فإن للقياس أربعة أركان، هي:

١ـ الأصل، ويسمى بالمقيس عليه، وهو ماورد النص بحكمه.

٢ـ حكم الأصل، وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل، كالحرمة في الأمثلة السابقة.

٣ـ الفرع، وهو المقيس الذي لا نص على حكمه.

٤ـ العلة، وهي المعنى المشترك الذي يجمع بين الأصل والفرع، كالإسكار في المثال الأول، وقطع الرحم في الثاني، والتباغض، والتنافر في الثالث.

أنواع القياس :

ينقسم القياس بالنظر إلى تحقق العلة في الأصل والفرع إلى الأقسام الثلاثة التالية:

١ـ قياس الأولى:

وهو الذي تتحقق علته في الفرع المقيس بأوضح من تحققها في الأصل المقيس عليه. من ذلك أن الشارع حرم التأفيف للوالدين فيقاس عليه تحريم الإيذاء بالضرب أو الشتم. وإنما هذا القياس من بابِ أولى، لأن تحقق العلة في الفرع أولى من تحققها في الأصل.

وقد نبه الشافعي إلى هذا النوع من القياس بقوله: «فأقوى القياس أن يحرم الله في كتابه أو يحرم رسول الله القليل من الشئ فيعلم أن قليله إذا حرم كان كثيره مثل قليله في التحريم أو أكثر بفضل الكثرة على القلة.. وكذلك إذا أباح كثير شئ كان الأقل منه أولى أن يكون مباحاً» (١). ويمثل لهذا النوع من القياس

---

(١) الرسالة للشافعي ص ٥١٢.

من باب أولى بأن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرم من المؤمن دمه وماله وأن يظن به إلا خيراً فإذا حرم على المسلم مجرد الظن المخالف للخير بأخيه المسلم كان إظهار ما هو أكثر من الظن السيء مما يدخل في باب التصريح أولى أن يحرم.

٢ـ قياس التسوية :

وهو أن يكون ظهور العلة فى الفرع مساوياً لظهورها فى الأصل.

من ذلك أن الشرع أوجب على الوالد الإنفاق على ولده فى صغره إذا لم يكن له مال، ولكونه السبب فى وجوده فيقاس عليه وجوب النفقة على الولد للوالد الفقير إذا بلغ ألا يغنى نفسه بكسب ولا مال لكونه السبب فى وجوده[1].
وتحقق العلة فى الفرع مساو لتحققها فى الأصل كما لا يخفى.

٣ـ قياس الأدنى :

وهو أن يكون تحقق العلة وظهورها فى الفرع أدنى من ظهورها فى الأصل. ولعل من ذلك قياس حد السكر على حد القذف، لأن الشارب إذا سكر هذى ولم يتبين ما يقوله، فافترى على الناس وقال ما ليس فيهم، فجعل الصحابة حده هو حد المفترى أى القاذف الذى يتهم غيره بارتكاب جريمة الزنا دون إثبات بالشهود الأربعة. وإنما كان هذا من قياس الأدنى لأن العلة وهى الافتراء ثابتة فى القذف بوضوح بخلاف السكر الذى لا يلازمه الافتراء.

ومنه كذلك أن القتل بآلة محددة كسيف أو سكين واضح فى الدلالة على نية العمد لدى القاتل، فهل يقاس عليه القتل بالمثقل كحجر أو عصا غليظة فى إثبات نية العمد وإيجاب القصاص؟

ذهب المالكية وبعض الفقهاء إلى التسوية بينهما فى إيجاب القصاص على

---

(١) السابق، ٥١٤.

الرغم من أن العلة لا تظهر فى الأصل ظهورها فى الفرع، فإن العمدية واضحة فى استعمال السكين بأكثر من وضوحها فى استعمال العصا الغليظة أو الحجر.

القياس الأصولى والمنطق الأرسطوطاليسى:

يختلف القياس الأصولى عن قياس أرسطو على الرغم من تشابههما فى التسمية فى الشكل والهدف والأسس على النحو التالى:

١- من حيث الشكل يتألف القياس الأرسطى من مقدمتين تتألف منهما النتيجة، وهى متضمنة فيهما، كقولك كل إنسان حيوان وكل حيوان فان، وإذن فإن كل إنسان فان. أما القياس الأصولى فيتألف من مقدمة واحدة تفضى إلى نتيجة غير متضمنة فى المقدمة المعروفة بنص من قرآن أو سنة أو إجماع، وذلك كأن تقول حرمت الخمر لعلة هى الإسكار فيحرم النبيذ لاشتراكه مع الخمر فى هذه العلة.

ويتألف القياس الأرسطى من حدود ثلاثة: أصغر (الإنسان فى المثال السابق) وأوسط (الحيوان) وأكبر (الفانى)، أما القياس الأصولى فيتألف من أربعة أركان هى الأصل والفرع والحكم والعلة على ما تقدم.

٢- أما من حيث الهدف فإن النتيجة متضمنة فى مقدمات القياس الأرسطى، ولا سبيل إلى معرفة المقدمات بدون أن تكون النتيجة معروفة سلفاً، وبذا فإن القياس الأرسطى يهدف إلى تأكيد ما سبق علمه. أما القياس الأصولى فيهدف إلى الكشف عن أمر مجهول بالاستعانة بما هو معلوم، وهو بهذا يفيد فى اكتساب معلومات جديدة، فهو حمل مجهول على معلوم لاشتراكهما فى علة الحكم.

٣- يختلف القياسان الأرسطى والأصولى فى الأسس التى يقومان عليها، فالقياس الأرسطى أساسه لغوى، حتى أن المقدمات الكلية الموجبة تنتج قضية كلية

موجبة، أما إذا تطرقت الجزئية أو السلبية إلى المقدمات فإنها تظهر في النتيجة كذلك. أما القياس الأصولي فأسسه استقرائية، لأنه يعتمد على الاستقراء والسبر والتقسيم وأسلوبي الطرد والعكس لتحديد علة الأصل عند عدم النص عليها، وللتحقق من وجودها في الفرع كذلك حتى يمكن إجراء التسوية بينهما في الحكم. وهذا الخلاف الجوهري هو الذي يلحق القياس الأصولي بالأساليب المنهجية العلمية، ويضع القياس الأرسطي في إطاره الآلي. وهذا الاختلاف بين القياسين: الأصولي واليوناني هو السبب في هذا الهجوم الذي شنه الفقهاء من أمثال ابن تيمية وابن الصلاح وابن القيم على المنطق الأرسطي.

حجية القياس:

القياس حجة عند الأصوليين بالأدلة التالية:

١ـ الآيات القرآنية الدالة على الاتعاظ والاعتبار بما وقع للناس في الماضي وقياس حالهم على حالنا، وإدراك عاقبة أفعالهم، وعدم الوقوع فيما وقعوا فيه حتى لا نعاني مثل معاناتهم، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿أفلم يسيروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم﴾.

٢ـ الآيات والأحاديث التي ربطت الأحكام بعللها كقوله تعالى: ﴿فعصوا رسول ربهم فأخذهم أخذة رابية﴾. ومن ذلك قوله ﷺ في عدم نجاسة الهرة: «إنها ليست بنجسة، إنها من الطوافين عليكم والطوافات»، فقد دلت الآية على أن الأخذ بالعذاب كان سببه عصيان الرسول، كما دل الحديث على أن عدم النجاسة في الهرة معلل بكثرة وجودها مع الناس واختلاطها بهم. ومنه قوله ﷺ في النهي عن ادخار لحوم الأضاحي للمجاعة التي كانت حدثت: «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافة فكلوا وادخروا» أي بعد زوال علة النهي عن الادخار فيعود الحال إلى ما كان عليه من جواز الادخار.

٣- يستند العمل بالقياس إلى الإجماع كذلك، فقد قاس الصحابة أحقية أبى بكر فى الإمامة العامة للمسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ على تقديم الرسول له فى إمامة الصلاة، وقالوا: قد رضيه لديننا، أفلا نرضاه لدنيانا، وكذا قاس أبو بكر مانعى الزكاة على تاركى الصلاة فى جواز حربهم ووافقه الصحابة على هذا القياس دون نكير من أحد منهم فكان إجماعاً.

٤- ومن جهة أخرى فإن العمل بالقياس أمر مركوز فى الفطرة الإنسانية، فإن الناس تقيس أحوال المستقبل على الماضى، وتبتعد عما سبب لها الأذى وتقترب من كل ما كان سبباً فى سعادتها. ولذا فإنك إذا قربت ناراً من طفل فيستبعد عنها إذا تكونت له خبرة مؤلمة بهذا الاقتراب من قبل.

ولا يخفى أن القياس Analogy أحد الأساليب المنهجية التى يعتمد عليها التطبيق القانونى فى الأنظمة القانونية المختلفة لتحقيق الوحدة والتجانس. ويلفت Salmond النظر إلى أهمية القياس فى عمل القاضى لإضفاء الوحدة فى التفكير القانونى، وعلى القاضى لهذا أن ينظر فى القضايا المشابهة للقضية التى ينظرها ليصل إلى قرار مشابه لسابقاتها. ومن ذلك أن قضية Donoghue V. Steven-son (١٩٣٢) قد تعلقت بمسئولية الصانع تجاه المستهلك، وألزمت الصانع بتعويض الأضرار التى تلحق بالمستهلك إذا لم يبذل هذا الصانع ما وجب عليه من العناية.

غير أن قضية Malfroot V. Nozal (١٩٣٥) قد تعلقت بمسئولية المتعهد بإصلاح شئ معيب تجاه مستعمل هذا الشئ، وفى هذه القضية أخذت المحكمة بقياس مسئولية المتعهد بالإصلاح تجاه طرف ثالث على مسئولية الصانع تجاه المستهلك، وذلك فى وجوب التعويض عن الأضرار التى يتسبب أى منهما فى حدوثها نتيجة إهماله [1].

(1) Jurisprudence, 12th Edition P. 186, London Slweet and Maxwell 1966.

ويفيد القياس فائدة على قدر كبير من الأهمية في التفكير القانوني، وهي إضفاء الطابع العقلي، وتحديد مسارات التطور في المستقبل، ووصله بالماضي، كما أنه يقدم الأساس المنطقي لاستخراج المبادئ والقواعد والمفاهيم العامة التي تنتظم فيها الجزئيات والفروع. ولا غنى لهذا عن القياس بشكل ما في أي نظام قانوني. ولعل الفقه الإسلامي بأصوله التي عنيت بالقياس على نحو غير مسبوق هو الذي مهد الطريق للاعتراف بأهميته وبدوره في الأنظمة القانونية العالمية.

ولا يعني الاعتماد على القياس في التفكير القانوني الإنساني خلوه من العيوب المنهجية، وتحقق الكمال فيه، إذ إنه وسيلة منهجية تشتمل على نوع من القصور في الوصول إلى الحقيقة أحياناً، غير أنه لا توجد في يدنا وسيلة منهجية أخرى أفضل من القياس، تحل محله، وتغني عنه. ويرجع للقاضي الإنجليزي Samuel Butter القول بأن القياس «على الرغم من أنه كثيراً ما يقود إلى الخطأ فإنه أقل ما يقود إلى الخطأ من بين ما نملك»[1] من الوسائل المنهجية، وإنما ذلك بتعبير كوليردج لتعلقه بما هو مشترك بين الأصل والفرع الذي يمتد إليه، أو لأنه أسلوب ميسر للعقل الإنساني في الانتقال مما هو معلوم إلى ما هو مجهول. ولا تكمن فائدته في هذا وحده، بل إن القياس يساعدنا على فهم الأجيل نفسه المعلوم لنا حكمه، وذلك بتحليل عناصره التي يتألف منها، ومعرفة درجة تأثير هذه العناصر في الحكم.

الأصل والشروط فيه:

تقدم أن للقياس أربعة أركان هي : الأصل ، والفرع، والحكم، والعلة.

والأصل كما تقدم هو المقيس عليه المنصوص على حكمه، كالخمر التي

(1) Anth ropoloy of Justice Law as Culture in Islamic Society, Lawrance Rosen, Cambridge Universiy Pres, p. 3.

التحق بها النبيد فى الحكم بالتحريم طبقاً لما تقدم. ويشترط فى الأصل الشروط التالية :

١- ثبوت حكمه بالكتاب أو السنة أو الإجماع، من ذلك أن السنة حرمت التبادل فى صنف من الأصناف الربوية الستة، وهى: الذهب، والفضة، والقمح، والشعير، والتمر، والملح، إلا إذا تحقق التساوى والتبادل فى الحال. فيحرم لهذا مبادلة القمح بالقمح، أو الشعير بالشعير، إلا بالتساوى والتسليم الفورى. أما المبادلة بين القمح والشعير، أو الشعير والتمر، أو القمح والملح، أو بين الذهب والفضة، فتحرم إلا إذا تحقق التسليم فى الحال، طبقاً لما جاء فى حديث عبادة بن الصامت: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

ويقاس على هذه الأصناف الأرز، والفول، فلا تجوز مبادلة الأرز بالأرز والعدس بالعدس والفول بالفول إلا بشرطين: التساوى فى المقدار ، والتسليم الفورى. أما المبادلة بين الأرز والقمح أو بين الأرز والفول فتجوز دون اشتراط التساوى ، ولكن يلزم التسليم الفورى.

٢- ألا يكون الدليل المثبت لحكم الأصل متضمناً لحكم الفرع ودالاً عليه، ولذا فإن ابن حزم ينكر أن يكون تحريم ضرب الوالدين ثابتاً بقياس على تحريم التأفيف لهما بقوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾، بناء على أن الآية جاءت بتحريم الإيذاء لهما عموماً ، فتدخل صوره كلها فى التحريم بدلالة لفظ الآية، لا بقياس.

٣- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى، ومبنياً على علة يمكن للعقل أن يدركها، وإلا فإنه لا يصح القياس. ولذا فإن أكثر المقدرات والعبادات مما لا يمكن درك علتها بالعقل، ولا يقاس عليها، وذلك كأعداد الركعات فى

الصلاة، وضربات الجلد في الزنا والقذف. أما الذى يدرك بالعقل ويبنى على مصلحة أو علة معقولة المعنى فإنه يصح القياس فيه. من ذلك حرمان القاتل مورثه من الإرث فيقاس عليه حرمان الموصى له من وصيته إذا قتل الموصى.

٤ـ ألا يكون حكم الأصل مختصاً به ولا يتعدى إلى غيره. من ذلك الأحكام التى اختص بها الرسول ﷺ كالزواج بأكثر من أربعة وتحريم نكاح زوجاته من بعده وإباحة وصال الصوم له ووجوب التهجد عليه.

٥ـ أن يكون حكم الأصل ثابتاً غير منسوخ حتى يمكن تعديته للفرع.

الفرع وشروطه:

الفرع هو المقيس، ويشترط فيه الشروط التالية:

١ـ ألا يثبت حكمه بنص أو إجماع، لأن النصوص والإجماع مقدمة على القياس ولا قياس مع النص طبقاً للقاعدة.

٢ـ وجود علة الأصل فى الفرع، ولذا أعطى الأرز حكم القمح حسبما تقدم، لوجود علة تحريم مبادلة القمح بالقمح إلا بالتساوى والتسليم الحال الفورى، سواء اعتبرت العلة هى التقدير بالكيل أو الوزن، أو اعتبرت الطعم أو الطعم مع الادخار لتحقق هذه العلل فى الأرز والعدس والفول فتقاس على الأصل فى تحريم التبادل فيما بينها إلا باشتراط التسليم الحال أو فى تحريم التبادل فى جنسها إلا باشتراط التساوى والتسليم الحال على ما تقدم.

أما إذا لم تتحقق علة الأصل فى الفرع، فإن الفرع لا يأخذ حكمه لأنه لا قياس مع الفارق. ولذا فإ كفارة الإفطار بالجماع فى نهار رمضان عند الشافعية صوم شهرين متتابعين لا تتعدى ذلك إلى الإفطار بتناول الطعام أو الشراب، لأن الكفارة شرعت جزاء على هتك حرمة الصوم بأسلوب خاص فلا تتعداه إلى غيره، ولا ينظر الأحناف إلى هذا الفارق ويرون أن مجرد هتك حرمة الصوم سواء بالطعام أو الشراب أو الجماع موجب للكفارة.

٣- عدم وجود مانع يمنع من ثبوت حكم الأصل للفرع، ولذا فإن الزوجة إذا قتلت زوجها عمداً عدواناً كان الواجب القصاص لتوافر علته، وهى القتل العمد العدوان، غير أنه إذا كان ابنها ولى الدم المطالب بالقصاص فلن يقتص منها، لقيام المانع وهو البنوة وحتى لا يكون الابن سبباً فى هلاك أمه، وهذا هو المانع من ثبوت حكم القصاص العام بالقتل العمد العدوان.

العلة :

العلة أهم ركن فى القياس، لامتناعه بدون تحديدها، وهى فى اللغة اسم لما يتغير حكم الشئ بحصوله كالمرض الذى تتغير به الحالة من الصحة ، ويعبر كثير من الأصوليين عن العلة بالمعنى أى الوصف الذى ارتبط به الحكم الشرعى، ولا فرق بين المعنى بهذا الإطلاق وبين العلة فى استخدام الشافعى، وتفيد العلة معنى السبب، فإذا قلت عن شئ إنه علة شئ آخر فأنت تقصد أنه سببه، والعلة هى السبب الذى ارتبط به الحكم الشرعى.

أما فى الاصطلاح الأصولى فقد جرى تعريف العلة تعريفات عديدة أوضحها فيما يبدو لى هو تعريف الإمام الشاطبى لها بأن «المراد بها الحكم والمصالح التى تعلقت بها الأوامر أو الإباحة والمفاسد التى تعلقت بها النواهى. فالمشقة علة فى إباحة القصر والفطر فى السفر، والسفر هو السبب الموضوع سبباً للإباحة، فعلى الجملة العلة هى المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها، كانت ظاهرة أو غير ظاهرة منضبطة أو غير منضبطة، وكذلك نقول فى قوله ﷺ : لا يقضى القاضى وهو غضبان، فالغضب سبب وتشويش الخاطر عن استيفاء الحجج هو العلة، على أنه قد يطلق هنا لفظ السبب على نفس العلة لارتباط ما بينهما، ولا مشاحة فى الاصطلاح»[١].

ولا فرق لهذا بين العلة والحكمة، حيث ينصرفان إلى المصالح والمقاصد التى أرادها الشارع من شرع الأحكام.

غير أن أكثر الأصوليين يميزون بين العلة والحكمة، ويعرفون العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط الذى يترتب عليه تحقيق المصلحة أو دفع المفسدة. أما الحكمة فهى المصلحة نفسها. ولذا فإن علة شرع القصاص هى القتل العمد العدوان، وهى بهذا وصف ظاهر منضبط، أما حكمة شرع القصاص فهى الحفاظ على الحياة الإنسانية، وكذا فإن علة حد الشرب هى تناول الخمر عن طريق الفم والحكمة هى حفظ العقل الإنسانى، والسفر المخصوص هو العلة فى القصر والفطر على حين أن الحكمة هى دفع المشقة.

وبذا فإن العلة وصف ظاهر منضبط يرتبط بالمصلحة ويدل عليها. أما الحكمة فهى المصلحة نفسها. والاختلاف بينهما فى الانضباط وعدمه، وسواء فسرنا العلة بالحكمة والمصلحة أو بالوصف الظاهر المنضبط الذى تترتب عليه الحكمة والمصلحة فلا يخفى أن المصلحة ملازمة للعلة على أى من تعريف الشاطبى الذى يسوى بين العلة والحكمة أو تعريف غيره الذى يميز بين المصلحة أو الحكمة وبين العلة.

وينبنى على ربط الأحكام الشرعية بالعلل والمصالح أن هذه الأحكام معللة بالمصالح. وقد أكد الشاطبى أن استقراء الأحكام الشرعية يدل على أنها شرعت لتحقيق مصالح العباد[1].

ويقول صدر الشريعة: «وما أبعد عن الحق قول من قال إنها غير معللة بها، فإن بعثة الأنبياء لاهتداء الخلق، وإظهار المعجزات لتصديقهم ، فمن أنكر التعليل فقد أنكر النبوة لقوله تعالى: ﴿وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون﴾، وقوله تعالى:

---

(١) السابق ٣/٢.

﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله﴾، وأمثال ذلك كثيرة فى القرآن، ودالة على ما قلنا، وأيضاً لو لم يفعل لغرض أصلاً يلزم العبث»[1].

ومن هذا كله يتضح أن أحكام الشارع معقولة المعانى، وأنها شرعت لتحقيق مصالح الناس الدنيوية والأخروية، فإذا أدركنا المصلحة التى شرع الحكم لتحقيقها أمكن تعديتها من الأصل ليشمل حالات جديدة، وسواء كانت العلة هي الحكمة والمصلحة أو كانت المصلحة وتتحقق بوجوده، فإن هذا يفيد أن القياس هو إلحاق الفرع بالأصل لتحقيق المصالح التى أرادها الشارع والبعد عن المفاسد التى نهى عنها الشارع.

شروط العلة:

إذا كانت العلة هى المعنى أو الوصف الذى تعلق به الحكم، بحيث لا يكون وجوده إلا به، فإنه يشترط فى هذا المعنى أو الصفة الشروط التالية:

١ـ أن يكون الوصف ظاهراً واضحاً[2]، بحيث يمكن إدراكه والتحقق من وجوده أو عدمه، كالإسكار فى تحريم الشرب وكالعمدية فى القتل العدوان الموجب للقصاص، وكالإيجاب والقبول الدالين على الرضا بالعقد واللذين ترتبط بهما أحكامه. وتترتب عليه.

أما الأوصاف الخفية التى لا يمكن الاطلاع عليها فلا يجرى التعليل بها، ولذا فإن أحكام العقود لا تتعلق بالرضا على الرغم من أنه هو المعنى الذى أراده الشارع لتعلق هذه الأحكام وترتبها، وذلك لأن هذا الرضا وصف خفى يجرى فى النفس ولا يمكن لأحد الاطلاع عليه بذاته، فرتب الشارع الحكم على الإيجاب والقبول اللذين يمكن الاطلاع عليهما وسماعهما ويدلان على معنى الرضا.

---

(١) التوضيح ٢/٦٣.

(٢) تيسير التحرير ٢/٣٠٢، وجمع الجوامع ٢/٢٣٤.

ويتعلق ثبوت النسب من الأب بالعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة، غير أنها من الأمور التى لا يطلع عليها، فأقيم عقد الزواج مقامها لأنه هو الذى يطلع على عقده.

ويتعلق الحكم بالقصاص بنية العمد، وهى أمر خفى فى ذاتها، لكنها تتضح بالنظر إلى الآلة المستخدمة فى القتل فإن كانت تقتل غالباً حكم بوجود نية العمد والقصاص تبعاً لذلك وإلا فلا.

٢ـ أن يكون الوصف منضبطاً أى محدداً معروف الحقيقة، كالقتل والسكر فى إيجاب عقوبتهما وكالزواج فى إثبات النسب فإنها أوصاف محددة منضبطة يسهل التعرف عليها، ولا تختلف حقائقها فى أحوال وجودها المختلفة. ولذا لا يجوز التعليل للقصر فى السفر والفطر فى رمضان بالمشقة، لأنها تختلف فى وجودها باختلاف الأشخاص والأحوال ويصعب ضبطها، ولذا ربط الشارع الحكم بمظنتها، وهو السفر، لأنه وصف منضبط ويمكن تحديده ولا يختلف حده الأدنى الذى يترتب عليه الترخص بالقصر أو الفطر.

٣ـ ألا يكون الوصف ملغى أى حكم الشارع بعدم اعتباره، يوضحه ما أفتى به الفقيه يحيى بن يحيى الليثى أحد ملوك المغرب بوجوب التكفير للفطر فى نهار رمضان بالوطء متعمداً بأن عليه أن يصوم شهرين متتابعين ناظراً إلى أن التكفير عن ذلك بالعتق أمر ميسر على هذا الملك لكثرة الرقيق ولن تردعه الكفارة بالعتق عن معاودة ما ارتكبه، ورأى أن تكليفه بالصوم هو الذى يردعه. غير أن هذا التعليل مما حكم الشارع بإلغائه وعدم اعتباره، لأنه أوجب العتق على القادر، ولم يوجب التكفير بالصوم إلا عند عدم القدرة على العتق، فيجب الالتزام بالترتيب الذى أراده الشارع.

ومن هذا القبيل اعتبار التسوية فى البنوة بين البنت والابن موجباً المساواة بينهما فى الميراث، أسوة بالمساواة بينهما فى وجوب الإنفاق عليهما للوالدين.

غير أن هذا الوصف «البنوة» ملغى في ترتيب الحكم «التسوية فى الميراث» بما أوجبه الشارع من تضعيف نصيب الولد.

٤ـ أن يكون الوصف مناسبًا للحكم. ومعنى مناسبة الوصف للحكم أن يكون وجوده مظنة تحقيق المصلحة التى قصدها الشارع من شرعه. فالتعليل للحكم (وجوب القصاص) بالقتل العمد العدوان مناسب للمصلحة المقصودة، وهى حفظ حياة الناس، لأن هذا النوع من القتل هو الذى يهدد الحياة الإنسانية، وهو أخطر صور العدوان عليها، وهو الذى يمكن التحرز عنه بفرض العقوبة عليه. وكذا فإن القتل مناسب للحكم بحرمان القاتل من الميراث للمنع من قتل الورثة مورثيهم استعجالاً للحصول على ميراثهم.

أما إذا لم يكن الوصف مناسباً للحكم فإنه لا يصح التعليل به. ولذا لا يجوز التعليل لتحريم شرب الخمر بصفة لا تناسب الحكم، كالسيولة أو اللون أو التعبئة فى زجاجات معينة أو التعتيق والقدم، فإن هذا كله مما لا مناسبة بينه وبين الحكم بالتحريم. وكذا لا يجوز التعليل فى وجوب القصاص بسمرة القاتل أو جنسيته أو زمان حدوث القتل ليلاً أو نهاراً أو ما إلى ذلك من أوصاف لا تناسب الحكم الشرعى.

٥ـ ألا تكون العلة وصفًا قاصراً على الأصل حتى يمكن تعديتها إلى الفرع. ولذا فإن الأحكام الخاصة بالرسول ﷺ والمعللة برجوعها إلى ذاته كزواجه بأكثر من أربع مما لا يصح القياس فيها لاختصاص العلة بالأصل وعدم إمكان تحققها فى الفرع.

٦ـ ألا يرجع الوصف المعلل به على الأصل بإبطاله، ومعناه أنه لا يجوز التعليل بوصف يترتب عليه تغيير حكم الأصل وإبطاله، ومن ذلك أن قوله ﷺ : «فى كل أربعين شاة شاة» يوجب إخراج شاة زكاة لمن يملك أربعين شاة.

ويعلل علماء المذهب الحنفى هذا الحكم بعلة هى «دفع حاجة الفقير»

فيترتب على هذا التعليل الحكم بجواز إخراج الشاة أو قيمتها. ويبطل جواز إخراج القيمة حكم الأصل المنصوص عليه، وهو الشاة الواجب خروجها بالنص، وقد ينازع بخصوص هذا المثال فى أن إخراج القيمة لايعد إبطالاً للحكم بإخراج الشاة، إذ تحل قيمتها محلها.

وقد نقل الآمدي الاتفاق على هذا الشرط[1]:

٧- اشترط بعض الأصوليين عدم تركيب العلة من عدة أوصاف، وأوجب أن تكون ذات وصف واحد. وهو مذهب بعض المعتزلة. أما الجمهور فلم يشترطوا هذا الشرط، ويجيزون تركب العلة من أوصاف متعددة. من ذلك تعليل وجوب القصاص بالقتل العمد العدوان، فهذه علة مركبة من ثلاثة أوصاف: القتل - العمد - العدوان. وإنما تركبت العلة من هذه الأوصاف لأن المصلحة التى يتعلق بها لا تتحقق الا باجتماعها[2].

المناسبة بين العلة والحكم:

تقدم اشتراط المناسبة للحكم فى العلة ليصح التعليل بها. وتعنى المناسبة ارتباط العلة بالمصلحة وتلازمها، بحيث تتحقق المصلحة إذا وجدت العلة. من ذلك أن وجوب الشفعة للجار والشريك معلل بالجوار والشركة فى الملك، وهو مظنة حصول الضرر فى الملك إذا باع البائع نصيبه لأجنبى، فوجبت الشفعة للجار والشريك دفعاً للضرر عنهما. ويتضح من هذا أن علة وجوب الشفعة «الجوار أو الاشتراك» مرتبطة بالمصلحة المقصودة من شرع الحكم، وهى دفع الضرر.

وكذا فإن الولاية معللة بالصغر، والمصلحة المقصودة حفظ حقوق الصغير، والعلة وهى الصغر مناسبة للمصلحة، وذلك لأن الصغر مظنة الحاجة إلى عدم القدرة وإلى الحاجة للحفظ.

---

(١) الإحكام للآمدي ٢٧٧/٢، وانظر تيسير التحرير ٣١/٤.
(٢) الإحكام للآمدي ١٩٦/٢، وتيسير التحرير ٣٥/٤.

ويعلل وجوب الضمان في أحوال كثيرة بالإهمال الذى يترتب عليه الإضرار بمصالح الغير، وهذه العلة «الإهمال» مناسبة للحكم بوجوب الضمان للحفاظ على حقوق الناس، وإجباراً لهم على العناية بحقوق من يحتمل تأثرهم بأفعالهم. وبهذا ترتبط العلة بالمصلحة، لأن المصلحة مترتبة عليها.

وهذه العلاقة الخاصة بين العلة والحكم والمناسبة بينهما قد التفت إليها الأصوليون وبينوا أنواعها من حيث اعتبار الشارع لها عن طريق النص أو الأدلة الأخرى إلى الأقسام الثلاثة التالية:

الأول ـ المناسب المؤثر:

وهو الذى ظهر تأثيره في الحكم بنص أو إجماع. من ذلك التعليل للولاية بالصغر والتعليل للنهى عن ادخار لحوم الأضاحى بالمجاعة بقوله ﷺ : «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى من أجل الدافة فكلوا وادخروا». وفيه كذلك الحكم بعدم فساد الصوم بالمضمضة، لأن النصوص أوضحت أن الصوم يفسد بدخول شئ للجوف، وفى المضمضة لا يدخل شئ من الماء إلى الجوف.

الثانى ـ المناسب الملائم:

وهو الوصف الذى رتب عليه الشارع حكماً فى جنس المسألة المطروح[1]، ويعرفه المرحوم خلاف بأنه : «هو الوصف المناسب الذى رتب الشارع حكماً على وفقه، ولم يثبت بالنص أو الإجماع اعتباره بعينه علة لنفس الحكم الذى رتب

---

(1) يعرف الغزالي المناسب الملائم بأنه، «عبارة عما لم يظهر تأثير عينه في عين ذلك الحكم، لكن ظهر تأثير جنسه في جنس ذلك الحكم. مثاله قولنا، إن قليل النبيذ وإن لم يسكر حرام قياساً علي قليل الخمر، وتعليلنا قليل الخمر بأن ذلك منه يدعو إلي كثيره، فهذا لم يظهر تأثير عينة لكن ظهر تأثير جنسه، إذ الخلوة لما كانت داعية إلي الزنا حرمها الشارع كتحريم الزنا فكان هذا ملائماً لجنس تصرف الشارع. المستصفي ص ٤٣٦ في جزء واحد.

على وفقه، لكن ثبت بالنص أو الإجماع اعتباره بعينه علة لحكم من جنس الحكم الذى رتب على وفقه أو اعتبار وصف من جنسه علة لهذا الحكم بعينه أو اعتبار وصف من جنسه علة لحكم من جنس هذا الحكم[1].

ومعنى هذا كله أن الوصف المعلل به فى حكم لم ينص الشارع على التعليل به فى هذا الحكم نفسه، ولكن نص على اعتباره فى جنس هذا الحكم، أو على اعتبار مثله أو ما يقترب منه فى حكم آخر.

وقد يوضح ذلك ما ذكره التفتازانى بخصوص تعليل حكم ثبوت الفرقة فى إسلام أحد الزوجين إذا كانا غير مسلمين ببقاء الآخر على كفره، لأنه هو الملائم للفرقة، ولا يصح التعليل لهذا الحكم بإسلام من أسلم منهما، لأنه ينبو عنه ولا يلائمه، فإن الإسلام عاصم للحقوق وليس قاطعاً لها. ولهذا يعرف بعضهم الملاءمة تعريفاً عاماً، وهو أن يكون الوصف المعلل به موافقاً لما جاء عن السلف، فإنهم كانوا يعللون بالأوصاف الملائمة للأحكام لا النابية عنها التى لا توافقها. وتعرف ملاءمة الوصف للحكم - كما ذكر صدر الشريعة - بأن يعتبر الشارع جنس هذا الوصف فى جنس هذا الحكم[2].

ومن هذا القبيل أن تطليق المرأة فى مرض الموت ثلاثاً لا يمنع ميراثها. غير أنه لا يصح تعليل ذلك بمعاملة الفار من الميراث بنقيض قصده، وكذا لا يصح التعليل لحرمان القاتل لمورثه أو للموصى بمعاملته بنقيض قصده، وذلك لأنه وصف مناسب لا يلائم جنس تصرفات الشارع الذى يحترم مقاصد المتعاملين، ويلتفت إلى مقصود الفاعل من فعله، ويرتب الأحكام وفقاً لهذا القصد.

---

(1) أصول الفقه للمرحوم عبد الوهاب خلاف، ص ٧٢.
(2) التلويح مع التوضيح ٥٦٦/٢، طبعة كراتشي.

الثالث - المناسب المرسل:

وهو الوصف الذى لم يرتب الشارع حكمًا على وفقه، لا فى هذا الحكم ولا فى جنسه، بحيث لا يدل دليل شرعى على إلغائه أو قبوله، وإنما يكون مناسباً لموافقته المصلحة وملاءمته تحقيقها، ومرسلاً لأن الشارع أرسل اعتباره ولم يقيده بالإهدار أو القبول، وينقسم المرسل المناسب إلى نوعين :

أولهما: المناسب المرسل الذى على من الشارع إلغاؤه، من ذلك إفتاء يحيى بن يحيى أحد ملوك المغرب بالصوم فى الكفارة بدل العتق، نظراً لسهولة العتق عليه، وصعوبة الصوم عليه، فيحصل به الانزجار عن الإفطار فى رمضان مرة أخرى. غير أن هذا الوصف قد علم من الشارع إلغاء اعتباره وإهداره بترتيب خصال الكفارة وتقديم العتق. ومنه القول بحل فوائد البنوك تيسيراً على الناس ورفعاً للحرج عنهم، فإن الوصف «التيسير» لحكم الحل للفوائد، يحقق مصلحة تصحيح تصرفات الناس، غير أن هذا المناسب قد علم من الشارع إلغاؤه كما تقدم.

والآخر: المناسب المرسل الذى لم يحكم الشارع بالغائه ولا باعتباره، ومعنى غرابته أنه مسكوت عنه، ولا تشهد له النصوص الشرعية بالاعتبار. وهو مرسل أى أن الشارع لم يحكم بإلغائه ولا باعتباره ، وينتهى كونه مرسلاً إن علمت ملاءمته أو تأثيره بوجه من الوجوه.

ويختلف هذا النوع عن سابقه فى أن مناسبته للحكم لم تنقطع إذا لم يثبت إلغاء الشارع له، فيصح التعليل به لهذا عند هؤلاء الذين رأوا أن مجرد مناسبته للحكم دليل كاف على اعتبار الشارع له ما دام لا يعارض نصاً، متابعة للمسلك العام للشارع فى إعمال المناسب المرتبط بالمقاصد الشرعية. أما هؤلاء الذين أصروا على أنه لا بد من وجود دليل شرعى على اعتبار الوصف للتعليل به فقد حكموا بعدم اعتبار المناسب المرسل. ويكاد يفرق الخلاف فى ذلك بين نفاة القياس ومثبتيه فيما يلاحظ الغزالى.

ويرجح الغزالي إعمال المناسب الغريب والتعليل به بقوله: «أما المناسب الغريب فهذا في محل الاجتهاد، ولا يبعد عندي أن يغلب ذلك على ظن بعض المجتهدين، ولا يدل دليل قاطع على بطلان اجتهاده». ويستدل لهذا الرأي بالأدلة التالية:

١ـ مناسبة الوصف للحكم تدل على اعتباره شرعاً، بناء على ما هو معهود من مسلك الشارع في ترتيب الحكم على الأوصاف المناسبة.

٢ـ غلبة ظن المجتهد كافية في الفقه، ولذا لا يصح الاعتراض بأن الوصف المرسل لا يصح التعليل به لاحتمال أن هناك وصفاً آخر أقامه الشارع علة للحكم، فإن وجود مثل هذا الاحتمال قائم في التعليل بالوصف المنصوص على اعتباره، إذ يمكن أن يكون الوصف المنصوص عليه جزء العلة ، وأن تكون مركبة منه ومن وصف آخر لم ينص عليه،أو أن تكون العلة خاصة بالأصل. غير أن الجري وراء مثل هذه الاحتمالات يسد باب الاجتهاد، وليس على المجتهد سوى العمل بما يغلب على ظنه.

ومن أحوال الاستناد إلى الوصف المرسل الغريب انتهاء الصحابة إلى الحكم بوضع الخراج على الأرض المفتوحة وعدم قسمتها على الغانمين مراعاة لحق الأجيال التالية. ومنه كذلك ضرب النقود تحقيقاً للاستقلال الذاتي للمسلمين في هذا المجال. ومن هذا القبيل ما ذهب إليه المالكية في الحكم بجواز الحجر على المدين إذا استتر عن الدائن ولم يعد يتردد على الأماكن التي كان يوجد فيها قبل حلول أجل الدين. فالوصف «الاستتار علة للحكم بالحجر، فهو وصف مناسب وغريب مرسل. وعلى الرغم من أن الشارع لم ينص على اعتبار الاستتار للحكم بالحجر، فإن هذا الحكم معلل بالمماطلة أو العجز عن الوفاء بالدين، وهذا الاستتار مظنة المماطلة ودليلها، وهي جنس له، والمصلحة التي يرتبط بها هذا الوصف هي دفع الضرر الناشئ عن ضياع الدين، وفي ترتيب الحكم بالحجر على هذا الوصف

تحقيق لتلك المصلحة أو الحكمة وتحصيل لها، وهو بهذا يناسب الحكم، فصح اعتبار وصف استتار المدين مع حلول الدين علة للحكم بجواز حجر القاضى على هذا المدين.

ولو قضى مجتهد بأن سفر المدين عند حلول الدين وصف يناسب الحكم بجواز الحجر عليه، دفعاً لتضرر المدين، لكان ذلك من قبيل إعمال المناسب الغريب. ذلك أن سفر المدين قد يؤدى إلى تعذر مطالبته والحصول على الحق منه فيجوز للدائن رفع الأمر إلى القاضى وطلب الحجر عليه دفعاً لتضرره. ولا يخفى أن السفر بهذا الاعتبار وصف مناسب للحكم بالحجر، غير أن هذا الوصف لم يحكم الشارع باعتباره ولا بإلغائه فى هذا الحكم فهو وصف مرسل غريب.

ومن التعليل بالمناسب الغريب ترتيب الحكم بحرمان القاتل من الميراث على وصف معين، هو المعاملة بنقيض القصد. ومع أن هذا الوصف يناسب الحكم بالحرمان من الميراث وتحصل به حكمة مقصودة للشارع، وهى الحفاظ على حياة المورث، حتى لا يسارع الورثة إلى قتل مورثيهم طمعًا فى نيل حظوظهم، فإن هذا الوصف لا يصلح لتعليل الحكم به. وليس نفى صلاحيته للتعليل ناشئاً من غرابته وأنه لم يعهد فى مسلك الشارع الالتفات إليه، ولكن لأن فى واقعة التعليل وصفاً آخر أقوى منه فى التعليل للحكم، وهو وصف العدوان، وهو وصف أكثر ملاءمة للحكم، ذلك أننا ندرك أن الشارع رتب على العدوان أجزية مالية وعقوبات يدخل الحرمان من الميراث فى جنسها. وإن لم ينص على ربط الحرمان من الميراث بعلة العدوان فإن التعليل بهذا الوصف للحرمان من الميراث تعليل بوصف مناسب ملائم ليس بمؤثر. ويوضح هذا الغزالى بقوله : «وذلك لأن الجناية بعينها، وإن ظهر تأثيرها فى العقوبات فلم يظهر تأثيرها فى الحرمان من الميراث، فلم يؤثر فى عين الحكم، وإنما أثر فى جنس آخر من الأحكام (أى العقوبات والأجزية المالية كالدية)، فهو من جنس الملائم لا من

جنس المؤثر[1].

ويستنتج من هذا أنه يشترط للتعليل بالمناسب الغريب ألا يكون الوصف ملغى من الشارع بالنص على إلغائه، وألا يخالف مسلك الشارع فى التعليل بمعنى عدم الاطراد. فالتعليل لحرمان القاتل من الميراث بوصف «المعاملة بنقيض القصد» تعليل لا يطرد ويتخلف فى أحوال كثيرة. ذلك أن من يتعجل قبض دينه بالحط منه يجوز له ذلك ولا يمنع منه.

ومن هذا كله يتضح ما يلى:

١ـ قد لا تصلح الحكمة لتعليل الأحكام بها لعدم انضباطها، غير أنه يلزم فى الوصف الذى يجوز تعليل الحكم به لظهوره وانضباطه أن يكون مناسباً لهذه الحكمة، بمعنى تعلقه به ودلالته عليها.

٢ـ قد يجرى تحديد الوصف المعلل به لحكم معين بنص شرعى، فهو المؤثر، أو باستنباط فهو الملائم، أو بالنظر إلى مجرد المناسبة بين الوصف والحكم على ما تقدم.

٣ـ تعمل المصالح المقصودة للشارع على نحو مباشر إذا كانت منضبطة، وتصلح لتعليل الأحكام بها، أو على نحو غير مباشر إذا كانت المصالح غير منضبطة، حيث تشترط المناسبة بين الوصف المنضبط المعلل به وبين هذه المصالح.

مسالك العلة:

تتركب الأوصاف المتعددة فى الأصل المنصوص على حكمه، فيصعب لذلك تعيين أحدها لاعتباره علة فى الحكم وأمارة عليه، تمهيداً لنقل هذا الحكم إلى الفروع الأخرى متى تشاركت مع الأصل فى هذه العلة وتلك الأمارة. وقد

---

(١) المستصفى ص ٤٣٦، طبعة في جزء واحد.

استحثت هذه المشكلة علماء الأصول أن يواجهوها بتحديد الوسائل المنطقية والمنهجية التي يستند إليها في معرفة الوصف المعتبر علة للحكم. وفيما يلي أهم هذه الوسائل أو المسالك.

١- الإجماع على علية وصف معين بذاته، كالإجماع على أن الصغر هو العلة في الحكم بثبوت الولاية على أموال الصغير، وكالإجماع على أن تشوش الفكر هو العلة بتحريم القضاء عند الغضب، فيقاس عليه الحكم بتحريمه كذلك عند الألم الشديد أو المرض الشديد أو الجوع الشديد لاشتراكهما جميعاً في تشويش الفكر المؤدى إلى احتمال الميل عن الحق في فصل الخصومات.

ومن أمثلته تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب في الميراث، لثبوت أخوة الشقيق من جهتي الأم والأب فتقوى علاقته بالميت على من ثبتت علاقته به من جهة واحدة. وهذا التقديم بهذه العلة في الميراث يقاس عليه التقديم للأخ الشقيق في الولاية على المال وعلى النفس وفي الزواج.

ومن أمثلته كذلك أن الأحناف يذهبون إلى أن جهالة العوض في البيع مفسد له بالإجماع فقاسوا عليه الجهالة في المهر في النكاح ورأوا فساد الاتفاق على المهر بهذه الجهالة. ومن الأمثلة عليه ما رآه الأحناف من أن المريض مرض الموت إذا أقر بدين بعد استغراق ماله بديون الصحة لم يقبل إقراره، لأنه بالإقرار بالدين في هذا الوقت يفوت حق غرماء الصحة فيمنع منه قياساً على منعه من الهبة والوصية في هذه الحالة، حماية للدائنين من الضرر[1].

وينبه الغزالي إلى أهمية هذا المسلك بقوله: «وأمثلة ذلك كثيرة، ولعل شطر المسائل القياسية يجرى على هذا المنهج، وهو مقبول باتفاق القائلين بالقياس»[2].

---

(١) شفاء الغليل ص ١١٠ - ١١٢، والمستصفى ٢٩٣/١.
(٢) شفاء الغليل ص ١١٣.

٢ـ نص الشارع على العلة، وذلك بأن يأتى التعبير بما يفيد التعليل بوصف معين عند ذكر الحكم، كقوله عقبه لعلة كذا أو لسبب كذا أو ما يقوم مقامهما، ومنه قوله تعالى عقب الحكم بإضافة ملكية الفيء مما يستولى عليه المسلمون من أرض العدو إلى الله ورسوله: ﴿كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾، وهذا صريح فى التعليل به، ومعناه أن ملكية الأراضى التى يستولى عليها الجيش المسلم لله ولرسوله، ولا تنتقل إلى أفراد هذا الجيش، ولا توزع عليهم توزيع الغنائم، وبذلك لا تتركز الثروة فى أيدى الأغنياء، ويحرم منها هؤلاء الفقراء الذين يزرعون الأرض.

ومنه كذلك قوله ﷺ فى النهى عن لحوم الأضاحى: «إنما نهيتكم لأجل الدافة»، وكقوله ﷺ فى الأعرابى الذى وقصت به راحلته وكان محرماً ومات: «لا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيباً فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»، وهو صريح فى التعليل فى تقدير الغزالى والشافعية، فيطرد حكمه فى تكفين كل محرم، ولذا لا تخمر رأسه ولا يقرب طيباً، لحرمة ذلك على المحرم بالحج أو العمرة، لأنه سيبعث على حاله الذى كان عليه عند وفاته فيأتى ملبياً، ولا يرى الأحناف والمالكية هذا الرأى فى تفسير الحديث، ويرون أن هذه حالة خاصة بهذا الأعرابى فلا يتناول غيره فيجرى تكفين المحرم كتكفين غيره فى تخمير الرأس والتطيب[١].

٣ـ الإيماء والتنبيه والاستنباط من دلالات النصوص المختلفة، ولا يفترق هذا المسلك عن سابقه إلا فى أن استنفادة العلة بالنص يكون بغير اجتهاد أو استنباط، على حين تتم الاستفادة فى هذا المسلك بوجه الاستنباط من النص.

ومن أمثلة هذا المسلك ترتيب الحكم على فعل معين بفاء التعقيب، وذلك كقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾، فإن الحكم بقطع اليد مترتب على فعل السرقة بفاء التعقيب، فدل على أن الفعل هو العلة فى الحكم. ومنه

---

(١) الخلاف في بداية المجتهد.

كذلك قوله ﷺ : «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» فدل على أن ملكية الأرض مترتبة على فعل الإحياء.

ومن أنواع هذا المسلك أن يعلم النبي ﷺ أمراً فيحكم عليه بحكم، فيدل هذا على تعلق علة الحكم بهذا الفعل. ومثاله مجيء أحد من صحابته إليه وقوله له أفطرت يا رسول الله فيرد عليه بإيجابه الكفارة، فيكون هذا تنبيهاً على أن العلة فى وجوب الكفارة هو هذا الإفطار الذى سأل عنه الأعرابى بمواقعة أهله في نهار رمضان[1].

ومن أنواعه كذلك أن يذكر الشارع فى الحكم وصفاً دون أن يصرح بالتعليل به، ولكن لو قدر هذا الوصف غير مؤثر لكان ذكره خالياً عن الإفادة ولم يظهر لذكره فائدة، فيكون ذكر الوصف تنبيهاً على أنه العلة. من ذلك أنه ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا جف؟ فقيل نعم، فقال: فلا إذن. ذلك أنه يبعد ألا يكون الرسول ﷺ قد علم أن الرطب ينقص بالجفاف، فكان النقصان بالجفاف هو العلة التى بنى عليها الرسول ﷺ تحريم بيع الرطب بالتمر وجريان الربا فى مثل هذه المبادلة، لأن الشرط فى صحة مبادلة المتماثلين من الأصناف الربوية العلم بالتماثل، ويفسد هذا العلم بالنقصان المشار إليه فى السؤال عند الجفاف.

ومن هذا المسلك أن يفرق الشارع بين شيئين فى الحكم بذكر صفة فاصلة تفرق بينهما، فيفيد التنبيه على أن الوصف الفارق هو العلة. مثاله أن القريب وارث ولكن القاتل لا يرث، فيفيد ذلك أن القتل هو الوصف الفاصل هو الموجب للحكم. وقد يرد فى النص الواحد طرفا المقارنة كقوله ﷺ: «للراجل سهم وللفارس سهمان» فدل ذلك على أن المؤثر فى التفضيل هو هذه التفرقة وأن

---

(1) شفاء الغليل للغزالي ص ٣٢.

المقاتل راجلاً يستحق سهماً واحداً عند توزيع الغنيمة على حين يستحق المقاتل الفارس سهمين.

٤ـ الاستدلال على كون الوصف علة بالمناسبة بينه وبين الحكم، وتعرف مناسبة الوصف للحكم بارتباطه بالمقاصد والمصالح المعتبرة شرعاً، ولا يوافق أبو زيد الدبوسي على هذا المسلك، ويوجب الاقتصار على المسالك السابقة، بحجة أن المناسبة «أمر باطن لا يمكن إثباته»، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الوثوق بما تقرر من أحكام بناء عليها.

وينتقد الغزالى هذا الرأى، ويرى إمكان التعليل بمجرد المناسبة بين الوصف والحكم، لأنه مما لا شك فيه أن الشرع قد راعى المصالح واعتبرها فى أحكامه، وكذا فإن سلوك الصحابة فى استنباط الأحكام دال على اعتبار المناسبة فى التعليل. والمناسبة فى تعريف الغزالى لها عبارة «عما يشير إلى أوجه المصالح وأماراتها، وترجع هذه المصالح إلى جلب منفعة أو دفع ضرر، والحاوى لذلك أن المناسبة ترجع إلى رعاية أمر مقصود»[1].

ويجرى لذلك التعليل لوجوب القصاص بالقتل العمد العدوان للمناسبة بينهما، حيث يؤدى هذا التعليل إلى تحقيق المصالح التى أرادها الشارع، ومنه الحكم بعدم ضمان خمر المسلم بإتلافها لإهدار قيمتها فى حقه، حيث يتناسب الحكم بعدم الضمان مع وصف إهدار قيمتها، ومنه الحكم بوجوب المتعة للمطلقة لتخفيف ألم التطليق.

٥ـ السبر والتقسيم، والتقسيم معناه حصر الأوصاف الصالحة للتعليل وجمعها، والسبر معناه اختبار هذه الأوصاف لاستبعاد ما يدل الدليل على عدم اعتبار الشارع له فى بناء الحكم عليه. من ذلك أن تقول الخمر محرمة، وهذا

---

(١) شفاء الغليل، ص ١٥٨.

التحريم إما لكونها سائلة أو لطعمها الخاص أو للونها أو لتأثيرها فى العقل بالإسكار أو لأنها مما يستغنى عنه الإنسان فى حياته ولا يحتاج إليها. وهذا الحصر للأوصاف التى يحتمل أن تكون علة للحكم هو ما يطلق عليه التقسيم، لأنك تقول إما لكذا وإما لكذا وإما لكذا. وإذا انتقلت إلى الوجه الثانى وهو السبر أو الاختبار لاستبعاد ما لم يعتبره الشارع فى التعليل فإنك تستبعد احتمال الحكم بالتحريم لعلة السيولة، لأن كثيراً من الأشياء السائلة غير محرمة شرعاً. ويصدق هذا على الطعم الخاص واللون الخاص وإمكان الاستغناء عنها، لأن هذا كله مما لم يعهد فى الشرع التعليل به، فلا يبقى إلا أن تكون علة التحريم هى التأثير الذى تحدثه الخمر، وهو الإسكار.

٦ـ إثبات كون الوصف علة بالاطراد، والانعكاس، وهو الملقب بالدوران أو الجريان. ومعنى الاطراد أن يوجد الحكم عند وجود الوصف المفترض كونه علة، ومعنى الانعكاس غياب الحكم عند غياب هذا الوصف. وجه دلالة الاطراد والانعكاس بين الوصف والحكم على العلية أن الاقتران بينهما فى الوجود والعدم دليل على قيام علاقة السببية بينهما وأن أحدهما سبب فى الآخر.

ولكن يحذر الغزالى من الثقة بهذا المسلك فى كل الأحوال، فإن هناك بعض الأوصاف التى قد تلازم العلة ولا تصلح أن تكون بذاتها علة. من ذلك أن الرائحة المخصوصة للخمر مقرونة بشدتها ويزول التحريم عند زوالها ويوجد بوجودها وليس بعلة، بل هى مقترنة بالعلة[1]. ولذا يشترط الغزالى فى الاستدلال بهذا المسلك على العلية أن ينضم إليه السبر والتقسيم أو أى أسلوب آخر يعضد تأثير الوصف فى الحكم أو مناسبته له. وصورة انضمام السبر والتقسيم إلى الطرد والعكس أن نجمع الأوصاف الدائرة مع الحكم طرداً وعكساً ثم نختبر تأثيرها فى الحكم فإن بطلت جميعها وبقى واحد منها كان هو العلة.

---

(١) المستصفى، ٣٠٧/٢.

ومن أمثلة ذلك أن يقول الأحناف فى الصبى المميز: إن العقود تنعقد بعبارته، لأنه عاقل مميز فساوى البالغ، ولهم أن يستدلوا على ذلك بأسلوب الطرد والعكس، ذلك أن صحة العبارة حق للعاقل، ولو جن لم يعدم إلا العقل والتمييز وزالت قدرته على عقد العقود، كما أنه إذا أفاق لم يتجدد إلا العقل وصحت العقود بعبارته، ولذا فقد وجد الحكم بوجود وصف التمييز وانعدم بعدمه، غير أن الغزالى الشافعى يرد هذا المثال بعينه على الأحناف مؤكداً أنهم توصلوا بالطرد والعكس إلى جزء العلة وهو التمييز دون علة التكليف العامة، فلا تسلم لهم نتيجتهم لإهمالهم حصر التقسيم وشموله لكل الأوصاف المحتملة للتعليل بها.

ويتضح هذا المسلك كذلك بأن تحريم الخمر للإسكار، ويدور الحكم مع هذا الوصف وجوداً وعدماً، فإذا صارت الخمر إلى الخلية ولم تعد تؤثر فى العقل بالإسكار صارت حلالاً، وإذا اشتد العصير وصار مؤثراً فى العقل بالإسكار صار إلى الحرمة، وهذا هو معنى الدوران.

٧ـ تنقيح المناط: من مسالك العلة تنقيح المناط، والتنقيح معناه التهذيب وحذف بعض الأوصاف التى لا يصح التعليل بها، والمقصود بالمناط العلة، لأنها هى التى أناط بها الشارع الحكم أى ربطه بها وعلقه عليها.

ويعرف الإمام الآمدى هذا المسلك بقوله: «أما تنقيح المناط فهو النظر والاجتهاد فى تعيين ما دل النص على كونه علة من غير تعيين بحذف ما لا مدخل له فى الاعتبار مما اقترن به من الأوصاف»(١).

ويمثل لتنقيح المناط ما ذكره من التعليل بالوقاع فى قصة الأعرابى، فإنه وإن كان مومى إليه بالنص غير أنه يفتقر إلى استبعاد الأوصاف الأخرى التى لا تصلح للتعليل، من كونه أعرابياً، وكونه شخصاً معيناً، وأن هذا الذى حدث منه

(١) الإحكام ١٧٧/٢.

فى يوم معين من الشهر، أو فى شهر رمضان من هذه السنة بخصوصها، وكون الوقاع حدث مع زوجته فإن هذه الأوصاف كلها لا تصلح للتعليل، فيجرى استبعادها وحذفها للإبقاء على الوصف الذى يصلح لتعليل الحكم بالكفارة، وهو الوطء في نهار رمضان من مكلف صائم حتى يتعدى ذلك الحكم إلى كل شخص يفعل هذا الفعل.

ويوضحه كذلك من مجال الحكم بالتفليس أنه قد ثبت التعليل لهذا الحكم بالمطل (الممانعة فى الوفاء بالدين). غير أن هناك عدداً من الأوصاف التى قد يظن إناطة الحكم بها، وكونها علة له، من ذلك صفة التاجر حتى يستبعد الحكم بالتفليس في الأحوال المدنية، أو الملاءة واليسار حتى لا يحكم بتفليس غير المعسر، أو الرشد، أو عدم وجود كفيل أو غير هذا من أوصاف يصل المجتهد بتنقيحها إلى استبعادها جميعاً، فيقوى التعليل للحكم بالتفليس للمطل والامتناع عن الوفاء بالدين.

ويثبت النسب بالزوجية، فهذا هو مناط هذا الحكم، ولا يلتفت إلى غيره.

ويختلف تنقيح المناط عن تحقيقه وتخريجه، فالتنقيح هو استبعاد الأوصاف التى لا تصلح لتعليل الحكم بها لاستبقاء الوصف الذى يصلح للتعليل به. أما تخريج المناط فهو الاجتهاد لاستنباط العلة التى لم ينص عليها بالمناسبة أو السبر والتقسيم. من ذلك ورود النص بحرمة الربا فى القمح، وأوصافه متعددة، منها أنه حب، مدخر، مطعوم، أصفر، قوت الناس، مقدر تقديراً منضبطاً بالكيل أو الوزن، فتستخرج العلة من بين هذه الأوصاف بالسبر والتقسيم، ونصير إلى أن علة تحريم الربا فيه هو التقدير بالكيل أو الوزن.

وأما تحقيق المناط، وهو الاجتهاد العملى، فهو التحقق من وجود علة الأصل فى الفرع، بإقامة الدليل على ذلك. ولذا فإنه إذا عرض له البحث فى التعامل فى الأرز، وهل تصح الزيادة فيه، كان عليه أن يبحث عن وجود علة

التقدير فيه فإن وجد تحققها فيه حكم بحرمة الربا أو الزيادة عند التعامل فيه. ولذا لا يصح أن يبيع عشرين طناً لشخص على أن يأخذه منه ثلاثين بعد سنة، وتعد هذه الزيادة من قبيل الربا، وذلك لتحقق مناط تحريم الربا فيه، وهو التقدير مع وحدة الجنس.

ومن ذلك أنه إذا حكم بقطع يد السارق، وكانت العلة هي أخذ مال غيره خفية، فهل تتحقق هذه العلة في النباش للقبور الذي يأخذ أكفان الموتى ومتعلقاتهم؟ قد يختلف في إدراك تحقق المناط (العلة) في ذلك، بحيث يذهب البعض إلى تحقق المناط في أخذ الأكفان فيحكم بقطع يد النباش ويعامله معاملة السارق، على حين قد لا يجد بعض آخر من الفقهاء تحقق مناط الحكم بوجوب حد السرقة في فعله. ومنه كذلك التفكير في حكم سرقة التيار الكهربائي، فإنه مال للغير جرى أخذه خفية، فهل يسرى عليه حكم السرقة لتحقق علتها في هذه الجريمة؟ أو أن هذا الفعل لا تنطبق عليه أحكام السرقة الحدية، ولا يتحقق مناطها فيه؟

ومن هذا يتضح أن هناك فرقاً بين تنقيح المناط وتخريجه وتحقيقه على النحو الذى جرى توضيحه.

أحكام القياس:

١ـ القياس في الحدود والكفارات: لا يجيز الأحناف القياس في الحدود والكفارات، لاشتمالها على تقديرات لا تخضع للعقل، كعدد المائة في الجلد على الزنا والثمانين جلدة في القذف إذ لا يستطيع العقل إدراك الحكمة في خصوص هذا العدد والقياس فرع تعقل المعنى في حكم الأصل ليمكن تعديته إلى الفرع بعد إدراك وجود المعنى نفسه فيه. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز في هذا المذهب إلحاق النباش بالسارق واللائط بالزاني في إيجاب العقوبة الحدية للسرقة والزنا على فعليهما. كذلك فإن الكفارة تجب في القتل الخطأ ولا تتعدى ذلك إلى الوجوب

فى القتل العمد[١].

ويجيز الشافعى القياس فى الحدود والكفارات، والقاعدة عند الشافعية أن «كل حكم شرعى أمكن تعليله فالقياس جائز فيه»[٢].

ويستند الشافعية فى هذا إلى أن الصحابة أجروا القياس فى ما أمكن تعليله، ولم يفرقوا بين حكم واحد فى هذا. ولذا فإنهم حكموا بحد الشرب ثمانين جلدة قياساً على حد القذف، وقالوا فى ذلك: إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فجعلوا حده حد المفترى وهو القاذف، وكذا قاس الصحابة مانعى الزكاة على المرتدين فى وجوب قتالهم.

ويترتب على هذه القاعدة عند الشافعية الحكم بوجوب الكفارة على القاتل العمد قياساً على وجوبها على المخطئ، وقال الشافعى فى ذلك: «إذا وجبت الكفارة فى الخطأ ففى العمد أوجب»[٣]. وكذلك فإنهم يوجبون عقوبة شرب الخمر (ثمانين جلدة) على من شرب النبيذ ولو لم يسكر، خلافاً للأحناف فى هذا. وعندهم أن شرب النبيذ لا يوجب الحد إلا بالسكر، والجريمة عندهم فى الرشفة التى سببت السكر.

٢ـ القياس على المعدول عن القياس، إذا كان حكم الأصل معدولاً عن القياس جاز أن يقاس عليه ما فى معناه عند الشافعى خلافاً للأحناف الذين يمنعون القياس على الخارج عن القياس.

مذهب الأحناف أن القياس يقتضى وجود أصل يقاس عليه، أما الاستثناء فليس أصلاً، ولا يجوز القياس عليه. ولذا فإن المنافع ليست أموالاً عندهم، لأنها

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي، ٦/٩٩ وما بعدها، ومسلم الثبوت ١/٤٠٩، وتيسير التحرير ٤/١٠٤.

(٢) تخريج الفروع علي الأصول للزنجاني ص ١٣٢.

(٣) السابق .

لا تدخر لوقت الحاجة، وتحدث شيئاً فشيئاً، لكنها متقومة، وتكتسب هذا التقوم بالتعاقد، كما في الإجارة. غير أن الإجارة ثبتت على خلاف القياس لحاجة الناس، فلا يجوز قياس تقويم المنافع بغصبها على تقويمها بالعقد والاتفاق. ولذا لو غصب شخص داراً وسكن بها عاماً دون عقد، وسلم الدار كما أخذها لم يكلف دفع الأجرة، لأنه سكنها دون عقد، ولا يضمن الأجرة قياساً على ثبوتها لو كان هناك عقد إجارة ، وذلك لأن الإجارة ثبتت على خلاف القياس فلا يقاس عليها.

وكذا فإن الدية ثبتت على العاقلة على خلاف القياس، لأن الأصل أن يتحمل كل إنسان نتيجة فعله هو لا نتيجة فعل غيره، ولذا تحمل العاقلة ما دون أرش الموضحة (عشر الدية) عند الأحناف لأنه إذا ثبت تحمل الدية على العاقلة على خلاف القياس لم يجز تحميل الواجب في الموضحة (الجرح الذى أبان العظم) على سبيل القياس، لأنه لا يقاس على الثابت استثناء.

أما الشافعية فلا يمنعون من إجراء القياس على الأصل الثابت باستثناء أو على سبيل الترخيص – لذا فإنهم يوجبون الضمان على من غصب منفعة، وتتقوم عندهم بالعقد أو بالتعدى، والاستيلاء عليها بغير إذن مالكها. وكذا فإن العاقلة تتحمل الدية وتتحمل ما دون أرش الموضحة كذلك.

ومذهب الشافعية أن الخروج على إحدى القواعد الشرعية والاستثناء من هذه القواعد ليس إلا استناداً لقاعدة أخرى غير القاعدة المستثنى منها، سببه فيما ذكره الزنجانى «أن قواعد الشرع بأسرها تتلاقى فى قضايا عامة، لكن لكل قاعدة انفردت بخاصية تخالف خاصية القاعدة الأخرى، وتلك الخصائص مبناها على التغاير والاختلاف»[1].

---

(1) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١٨٢.

٣- تخصيص عموم الكتاب بالقياس: تخصيص عموم الكتاب بالقياس جائز عند الشافعي خلافاً للأحناف في ذلك. مستند الشافعية أن القياس دليل شرعي معمول به فوجب أن يجوز التخصيص به، قياساً على خبر الواحد وعموم الكتاب، ولأنا إذا خصصنا العموم بالقياس فقد عملنا بالدليلين جميعاً. أما إذا أعرضنا عن القياس وجرينا على مقتضى عموم الكتاب والسنة فإنه يؤدي إلى العمل بأحد الدليلين وتعطيل الآخر.

ويخالف الأحناف في هذا ويرون أن التخصيص كالنسخ في أن كل واحد منهما إسقاط لموجب اللفظ وحكمه.

ويتضح ذلك في أن الشخص المباح الدم إذا دخل الحرم لم يعصمه اللجوء إليه، طرداً للقياس في أنه ارتكب جريمة تستوجب قتله، فلا يعيده الحرم من تنفيذ العقوبة عليه.

ويخالف الأحناف، ويرون أن قوله تعالى في الحرم ﴿ومن دخله كان آمنا﴾ من صيغ العموم فلا يخصص ذلك بغير نص يماثله في قوة الثبوت والدلالة، ولذا فإن من يدخل الحرم يصير آمناً ولا يستطيع أحد الهجوم عليه أو اقتياده للخروج من الحرم رغماً عنه.

٤- خبر الواحد إذا خالف القياس يقدم على القياس عند الشافعي، واحتج في ذلك بأن الخبر أقوى من القياس، لأن الخبر قول النبي ﷺ : والقياس قول المجتهد. وقوله ﷺ معصوم من الخطأ وقول المجتهد ليس بمعصوم. ويخالف الأحناف في هذا ويرون تقديم القياس على الخبر عند تعارضهما.

يوضحه أن الشافعية يذهبون إلى أن «ذكاة الجنين ذكاة أمه»، ومعناه أن الجنين يتذكى بذكاة أمه، لحديث أبي سعيد الخدري أن جماعة أتوا رسول الله ﷺ وقالوا : إنا ننحر الإبل ونذبح الشاة ونجد في بطنها جنيناً ميتاً أفنلقيه أو نأكله، فقال ﷺ : كلوه فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه.

وخالف الأحناف في هذا وذهبوا إلى أن الجنين لا يتذكى بذكاة أمه تقديماً للقياس على الخبر المذكور، ذلك أن القياس يدل على أن الجنين الذى لم يستكمل يشبه أن يكون دماً مستخبثاً فلا يحل، لأن كل مستخبث لا يكون حلالاً، فلا يحل ما دام لم ينفصل عن هذه الحالة، فيما هو القياس.

﴿خامساً - المصلحة﴾

تقديم:

المصلحة أصل شرعى قام عليه البناء الأصولى والفقهى، وتتجلى الأهمية التى أولتها الفلسفة التشريعية الإسلامية لهذا الأصل فى الكتابات الأصولية المتعلقة بالمقياس ومقاصد الشريعة، كما يدل على اعتبار المصلحة والدور الفعال الذى تقوم به فى الأمور التالية:

١- مراعاة الأحكام المنصوص عليها فى القرآن والسنة لمصالح الناس أفراداً ومجتمعات وبيئة، بحيث تسعى هذه الأحكام لتحقيق ما ينفع واستبعاد ما هو ضار. وقد صرحت النصوص بهذا، فالقصاص إنما شرع لحفظ الحياة، والوفاء بالعقود لتمكين الناس من الوفاء باحتياجاتهم، والزواج شرع للحفاظ على النسل والتعاون وتحقيق المودة والرحمة، وتحريم شرب الخمر للحفاظ على العقل، وشرع حد القذف فى الاتهام بالزنا لصون الأعراض. وقد كان التفات الفقهاء إلى المصالح التى تغيتها النصوص سبباً فى نشأة علم مقاصد الشريعة بين علوم الفقه الإسلامى. وهذا العلم الذى ألف فيه كل من العز بن عبد السلام وابن قيم الجوزيه والشاطبى قد انفرد الفقه الإسلامى بوضعه من بين النظم القانونية العالمية، وقد بدأ اهتمام هذه النظم بأصل المصالح فى هذا العصر على يد بنتام Bentham . ويلتقى ما عبر عنه Rosco Pound فى النظر إلى المصالح الاجتماعية وكيفيات

استجابة التفكير القانوني لها مع ما عبر عنه فلاسفة الفقهاء المسلمين الذى أشرت إلى أسمائهم قبل قليل.

٢ـ قام الاجتهاد واستعمال الرأى فى عصر الصحابة على النظر للمصالح وإعمالها، ما دامت لا تعارض نصاً شرعياً. ولذا فإن معنى الاجتهاد بالرأى فى هذا العصر هو النظر للمصالح وإعمالها.

٣ـ وظيفة القياس الأصولى هى تحقيق المصالح بناء على أنه ينقل حكم الأصل إلى الفرع إذا اشتركا فى المصلحة. وقد رأينا أن القياس مبناه على أصل اعتبار المصالح فى الأحكام. فالذين نفوا القياس هم نفاة تعليل الأحكام المنصوص عليها بالمصالح، والذين أثبتوه هم الذين أثبتوا المصالح فى تعليل الأحكام بها كما تقدم.

٤ـ تتفرع قواعد العمل بالعرف وسد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة فى البناء الأصولى على أصل العمل بالمصالح. ذلك أن العرف عبارة عن المصالح المقبولة فى المجتمع بدليل اتفاق الناس على العمل به وعدم خروجهم على مقرراته دون وجود سلطة تفرضه فى فترة تكونه. وسد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة كذلك حسبما يأتى توضيحه فى مناسبته.

من هذا كله يتضح أن للعمل بالمصلحة تجليات عديدة حتى إنها لتشكل الأصل الذى ترجع إليه الأحكام الشرعية جميعها، فالأحكام الشرعية كما يقول ابن القيم إما نص وإما مصلحة، وإذا ثبت رجوع النصوص إلى المصالح فمعناه أن الأحكم الشرعية لا ترجع إلا إلى المصالح.

معنى المصلحة :

نطلق المصلحة فى تعريفها اللغوى بمعنى المنفعة، أو على الفعل الذى فيه صلاح ونفع، ومعنى هذا أن المصلحة فى اللغة عبارة عن جلب منفعة أو دفع

ضرر، سواء اتفق ذلك مع المبادئ الشرعية أو لم يتفق. وهذا هو الذى يلفت الغزالى النظر إليه حين يعرف المصلحة بقوله: «أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع ضرر. ولسنا نعنى به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم، لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة. وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا الجنس».

ومن هذا تتضح المعانى التالية:

١ـ المعنى اللغوى للمصلحة هو عموم المنفعة بتحقيق المصالح وتحصيلها ودفع المفاسد وإزالتها.

٢ـ التعريف الاصطلاحى للمصلحة هو تحقيق المصالح المقصودة للشرع بتحصيل المنافع وإبعاد المفاسد. وأجناس المصالح المقصودة للشرع خمسة هى كما تقدم فى تحديد الغزالى لها، حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال.

٣ـ يفترق المعنى اللغوى للمصلحة عن المعنى الفنى من جهة أن التعريف اللغوى مطلق والاصلاحى مقيد بالنظر إلى مقاصد الشرع. وبهذا فإن الفعل قد يعد مصلحة فى الإطلاق اللغوى العام غير أنه لا يعد مصلحة بالإطلاق الشرعى إلا إذا اتفق مع المقاصد الشرعية، ولم يخالف أصلاً من أصوله المعتبرة. ولذا فإن الخمر فيها كثير من المنافع، غير أنها لا تعد مصلحة لمنافاة تناول الخمر لما أرادته النصوص الشرعية. وقد يحقق الزواج المؤقت مصالح لأطرافه ، غير أنه يعد ضرراً فى الشريعة لمصادمته لأصل التأبيد فى الزواج. وكذا فإن التحايل بالمحلل لاستئناف الحياة الزوجية للمطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى قد يحقق مصلحة جمع شمل الأسرة مرة أخرى. لكنه لا يعد مصلحة فى النظر

الشرعي. وفي كل هذه الأمثلة قد يصح إطلاق اسم المصلحة عليها بمعناها اللغوي لا بمعناها الشرعي. ويؤدي الخلط بين المعنيين اللغوي والشرعي للمصلحة إلى أخطاء عديدة.

٤ـ أجناس المصالح التي راعاها الشرع باستقراء الفقهاء للأحكام المنصوصة هي هذه المقاصد الخمسة: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال.

٥ـ يتنوع اعتبار الشارع للمصالح، فقد ينص على جزئياتها وأعيانها المخصوصة، كما أنه قد ينص على أجناسها، فإذا اشترك الفرع مع الأصل المنصوص على حكمه في عين المصلحة المعتبرة كان هذا أقوى من مجرد اعتبارها بالنص على جنس المصلحة العامة المتحققة في الفرع. من ذلك أن الشرع منع من توريث القاتل مورثه ، قصداً إلى الحفاظ على حياة المورثين وحتى لا يتعجل الورثة الحصول على المال بالقتل، ويشترك معه في عين هذه المصلحة الحكم بحرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي، قصداً إلى تحقيق المصلحة نفسها، ومنه أيضاً ثبوت الولاية على الصغير في الزواج حفاظاً على حقوقه كما ثبتت الولاية عليه في المال.

أما إذا لم يوجد نص شرعي لاعتبار المصلحة محل النظر بخصوصها، ولا لإلغائها، وإنما تعلقت النصوص بجنس المصلحة اعتباراً أو إلغاء فهذا هو العمل بالمصالح المرسلة ، أي التي أرسل الشارع النص على أعيانها ولم يقيدها بالاعتبار أو الإلغاء، وإنما نص على أجناس هذه المصالح ومقاصدها العامة.

٦ـ ليست هناك مصالح أرسلها الشرع ولم يشهد لأعيانها أو أنواعها أو أجناسها بالإلغاء أو القبول. فما لم ينص الشرع على اعتباره من المصالح بخصوصه قد نص على نوعه أو جنسه، فالمقاصد الخمسة السابقة الذكر مستنبطة من النصوص الشرعية، ولا يخرج عنها شئ من المصالح المطلوبة للإنسان فرداً أو جماعة.

المصالح المرسلة :

ومن هذا يتضح أنه ليس هناك مصلحة لم يشهد الشرع لها بالإبطال أو القبول. ولا يصح لهذا تعريف المصالح المرسلة بأنها هى المصالح التى لم يشهد لها الشارع بالبطلان أو الاعتبار، وإنما يجب تعريف المصالح المرسلة بأنها هى المصالح التى لم تشهد لها بعينها نصوص الشارع ولكنها تلائم تصرفات الشارع وأجناس المصالح التى شهدت لها نصوص الشارع.

توضيحه أننا إذا قلنا بوجوب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة كان هذا عملاً بالمصلحة المرسلة ، لأنه ليس هناك نص فى الشرع يتجه مباشرة إلى إثبات هذه القاعدة أو نفيها. غير أن النظر إلى تصرفات الشرع وأحكامه المنصوصة يدل على أن المصلحة الفردية كانت هى التى يضحى بها عند تعارضها مع مصلحة عامة، من ذلك شرع الجهاد، وتحميل المقاتلين مشقته، فإنه مشروع لدرء الخطر عن الجماعة ولو أدى ذلك إلى قتل عدد من أفراد الجيش، وكذا الحجر على المفلس ومنعه من التصرفات الضارة بالغرماء، وشرع القصاص وحد الحرابة، فإن هذه الأحكام تتوارد جميعها على تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد.

ويعبر الشاطبى عن الاستدلال بالمصلحة المرسلة وأساسه بقوله: «كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال بالمرسل الذى اعتبره مالك والشافعى فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلى والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه»[1].

(١) الموافقات ، ١/٣٩.

ومن هذا يتضح أن على الفقيه استقراء النصوص الشرعية لمعرفة أجناس المصالح التى تشهد لها هذه النصوص ولتحديد القواعد الكلية التى تضبط اعتبار الشارع لهذه المصالح، كما أن عليه استخدام هذه القواعد فى استنباط الحكم الشرعى للفروع التى لم ينص على حكمها. أما المصالح التى لم تشهد لأجناسها النصوص فلا يمكن العمل بها.

ومن ذلك أيضاً أن القاعدة الكلية القاضية بوجوب «دفع أشد الضررين» مبنية على عدد كبير من المسائل الجزئية المنصوص على أحكامها رغم أنه لا يوجد نص على عين هذه المصلحة بخصوصها. وإنما تستفاد هذه المصلحة من جملة النصوص. من ذلك شرع الجهاد ففيه إتلاف النفوس وتحمل المشاق، غير أنه يؤدى إلى دفع ضرر أكبر، هو الوقوع تحت رحمة العدو، وإتلاف عدد أكبر من النفوس والأموال لو لم ينفر الناس للجهاد. وكذا شرع القصاص ومعاقبة السارق.

ويمكن تطبيق هذا الأصل فى مسائل عديدة لا نص فيها، من ذلك مسألة ما لو تترس الكفار بالمسلمين واحتموا بهم فى مواجهة الجيش المسلم بحيث لو هجم المسلمون وضربوا العدو مات المسلمون المحتمى بهم دون سبب مشروع يوجب قتلهم، ولو سكت عنهم المسلمون تقوى العدو واستطاع تهديد الجيش المسلم والمجتمع كله. والحكم أنه يختار أهون الشرين وأقل الضررين ويرمى العدو حتى لو أسفر ذلك عن قتل المسلمين المحتمى بهم.

وكذا تنعقد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد، بناء على أنه إذا اشترط هذاالشرط ولم يوجد من يتوافر فيه وحكمنا بعدم انعقاد الإمامة لمن يتولاها من غير أهل الاجتهاد أدى ذلك إلى إهدار حقوق الناس واستمرار الفوضى للمجتمع وعدم استقامة الأمور فيه، فيحكم بانعقاد الإمامة مع عدم توافر هذا الشرط دفعاً لأهون الضررين .

أما المصالح التى لا تشهد لها النصوص بالاعتبار فلن تندرج تحت أى من القواعد الكلية للمصالح، ولن يجرى إعمالها من الوجهة الشرعية.

من ذلك حكم بعض الفقهاء بجواز ضرب المتهم لحملة على الإقرار بالتهمة، وهو مذهب مالك فيما رواه البعض عنه، ويشترط لهذا الحكم وجود قرائن تحمل على الاشتباه فيه وعلى وجود ظن قوى بارتكابه الجرم. وقد حملهم على هذا الرأى النظر إلى مصلحة المجنى عليه والمجتمع فى معرفة الجانى ومعاقبته، وينكر جمهور الفقهاء هذا الرأى بناء على أمرين. أولهما أن هذه المصلحة معارضة بمصلحة أخرى أقوى منها فى الثبوت، فإن مصلحة المجنى عليه والمجتمع فى ضرب متهم بعينه مظنونة، لاحتمال أنه ارتكب الجريمة أو لم يرتكبها، أما مصلحة المتهم فى عدم ضربه فثابتة يقيناً، فهى المصلحة الأقوى لهذا.

ومن العمل بالمصالح التى اعتبر الشارع جنسها القول بوجوب توثيق عقد الزواج بعد انتشار شهادات الزور واتساع المدن وكثرة النزاعات المترتبة على جحود العقد وإنكاره، فالحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد فى ثبوت نسبهم من المصالح التى اعتبرها الشارع، ووجوب التوثيق هو الحكم الذى يحقق هذه المصلحة. وبهذا فإن حمل الناس على توثيق عقود زواجهم، بقصد إثبات هذه العقود عند المنازعة مصلحة ليس فيها بعينها نص شرعى، وإنما راعى الشارع مصلحة إثبات حقوق الأزواج والأولاد بأدلة كثيرة، من بينها شرع هذه الحقوق، والأمر بالإحسان فى المعاملة، والنهى عن كتمان ما يتعلق بهذه الحقوق ويؤثر فيها.

ومن ذلك ما أفتى به مالك فى قبول شهادة الصبيان فى الجراح، إذ الأصل أنه لا تقبل فى الجنايات سوى شهادة البالغين. غير أن اجتماع الصبيان للعب معاً وانفرادهم عن الكبار فى هذه المناسبات أوجب قبول شهادة الصبيان على بعضهم من جهة أن اشتراط البلوغ والكبر فى الشاهد للقضاء بشهادته سيؤدى إلى ضياع الحقوق، لأن الكبار لا يحضرون ملاعب الصبيان فى كثير من الأحوال. وبهذا فإن المصلحة التى استند إليها مالك مصلحة ضرورية، هى حقن

الدماء وحفظ النفوس، فإذا اطمأن القاضى إلى شهادة الصبى ورضى بها جاز له أن يقضى بهذه الشهادة.

وقد أجاز مالك التسعير عند الحاجة إليه، وذلك كأن يرتفع السعر نتيجة جشع التجار أو احتكارهم للسلع أو التدخل فى العرض أو غير ذلك مما يؤدى إلى ظلم المستهلك والإضرار بمصالحه، مما يستوجب التدخل لحمايته. وعلى الرغم من أن هذه المصلحة بذاتها لم يرد فيها نص فإن عدداً كبيراً من النصوص يتعلق بجنس هذه المصلحة، وهذا الجنس هو ما يتعلق بحفظ أموال الناس ونفى الضرر عنهم فى أموالهم، فيجوز التسعير عند الحاجة لتعلقه بهذه المصلحة العامة، وهى حفظ الأموال ورعاية حقوق المستهلكين ورفع الضرر عنهم.

طبيعة إعمال المصلحة المرسلة:

يختلف إعمال المصلحة المرسلة عن العمل بالقياس من جهة أن القياس يتضمن إلحاق فرع غير منصوص على حكمه بأصل منصوص على حكمه لاشتراكهمافى العلة. أما العمل بالمصلحة المرسلة فلا يتضمن مثل هذا الإلحاق، وعلى حين يستوجب العمل بالقياس تحديد الأصل المنصوص على حكمه وإدراك علة الحكم فيه وتحقق هذه العلة فى الفرع فإن العمل بالمصلحة المرسلة لا يقتضى إلا التأكد من اعتبار الشارع لهذه المصلحة باستقراء النصوص المختلفة وإدراج الحالة المطلوب تحديد حكمها تحت هذه المصلحة أو تلك.

يوضحه أن جمع أبى بكر للقرآن لم يحتج إلى نظير يقيس عليه، وإنما احتاج إلى تأكيد أنه مصلحة تتعلق بحفظ الدين وإلى أن هذه المصلحة معتبرة فى الشرع. فليس فيه قياس حالة على حالة، وإنما هو إلحاق لهذه الحالة بالأصل العام المستنبط من أدلة لا تنحصر ويستفاد منها جميعاً اعتبار الشارع لمصلحة حفظ الدين.

ومنه كذلك حرب مانعي الزكاة فإن أبا بكر قد استند في وجوب حربهم إلى مصلحة ضرورية، هي حفظ الدين كذلك. ويستفاد هذا من قوله والله لأحاربن من فرق بين الصلاة والزكاة. ولعله استند في هذا إلى مصلحة أخرى هي حق الدولة في تأمين مواردها للقيام بمسئولياتها الملقاة على عاتقها، إذ بدون هذه المواد لا تستطيع القيام بهذه المسئوليات، ومهما تكن المصلحة التي استند إليها فإنه لم يقس هذه الحالة على ما يناظرها وإنما أدرجها ضمن أصل عام هو هذه المصلحة التي اعتبرها الشارع أو تلك.

ومنه أيضاً جمع عثمان المسلمين على مصحف واحد وإحراق ما عداه، دفعاً لتفرق المسلمين واختلافهم واتهام بعضهم بعضاً، فهذا مما ليس له نظير بعينه يقاس عليه، وإنما هو إلحاق بأصل عام هو دفع الفتنة واتقاء شر الخلاف والتفرق بين المسلمين، وهو أصل معتبر شرعاً بأدلة لا تحصى.

ومنه إجماع الصحابة على تضمين الصناع ما يأخذونه من أموال الناس للعمل فيه مع أنهم مؤتمنون، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي. غير أن تكرر ادعاء الصناع ضياع ما أخذوه من مواد خام للعمل فيها، وعدم قدرة أصحابها على إثبات تعديهم لإيجاب الضمان عليهم قد أدى إلى خلق حالة غير مسبوقة، فإما ألا يدفع الناس أموالهم إلى الصناع، وفيه من الحرج ما لا يخفى، لحاجة الناس إليهم، فإن كل واحد لا يستطيع تعلم الحرف التي يحتاجها، وإما أن يدفع الناس أموالهم ويتحملون مخاطر إهمال الصناع وتعديهم دون أن يستطيعوا إثبات ذلك، بناء على أن الصناع أمناء، والأمين لا يضمن إلا إذا أثبت المتضرر تعدى الصانع أو إهماله.

وقد جاء الحل فيما أخذ به قضاة الصحابة من التسليم بكون الصناع أمناء لا يضمنون إلا بالتعدي. غير أنهم لما كانوا قد أخذوا المال للعمل فيه فلا تنتهي مسئوليتهم إلا بإثبات عدم تعديهم فيه، ويقع عليهم لذلك عبء إثبات عدم

التعدى والبرهنة على أن تلف المال أو ضياعه كان بسبب لا يد لهم فيه، فإن لم يمكنهم إثبات عدم التعدى كانوا مسئولين عن التلف ووقع الضمان عليهم.

وقد كانت هناك اجتهادات أخرى، غير أن ما يهمنا الاستدلال عليه فى هذا المقام أن الحكم بتضمين الصناع فى ظروف كثرة إهمالهم وتعديهم وصعوبة إثبات ذلك عليهم لم يكن من باب القياس على أصل يناظره، وإنما التحق بأصل عام هو حفظ أموال الناس، وهذا الأصل أو المصلحة مما شهدت النصوص باعتباره حتى صار أصلاً قطعياً.

العمل بالمصلحة ومرتبته من العمل بالنص:

يتألف تحديد مرتبة العمل بالمصلحة من العمل بالنص بالنظر إلى ما يلى:

١ـ لا تستقل المصلحة بنفسها ولا تصلح أن تكون دليلاً شرعياً تتقدم النصوص أو تحل محلها، وإنما هى أصل شرعى تابع للنص لا يتقدم عليه، ولذا فإنه يشترط لإعمال المصلحة ألا تناقض أصلاً شرعياً. ولذا فإن فوائد البنوك عند جمهور الباحثين المعاصرين تحقق عديداً من المصالح الخاصة والعامة، منها تجميع مدخرات الناس وتوجيهها إلى الاستثمار وإنشاء المشاريع الزراعية والصناعية مما يؤدى إلى فتح أبواب العمل، غير أن هذه المصالح طبقاً لهذا الرأى لا يجوز التذرع بها لإباحة هذه الفوائد، لأنها من الربا المحرم شرعاً، وكذا لا تجوز التسوية بين الابن والبنت فى الميراث، حتى لو افترضنا تحقق المساواة بينهما فى أشياء أخرى كثيرة، لأن النص قد أوصى باستحقاق الذكر مثل حظ الأنثيين. وينطبق ذلك على الوصية للوارث، حيث تحقق مصالح بعض الورثة الذين قد تزيد حاجتهم عن حاجة غيرهم من الورثة لضعف أو مرض أو انشغال بتعليم أو صغر أو فقر، وذلك لأن النص قد جاء بتحريم الوصية للوارث، طبقاً لما جاء من قوله ﷺ: «لا وصية لوارث».

٢ـ وجود شهادة النصوص الشرعية للمصلحة بالاعتبار، ومعناه أن المصلحة لا يستند العمل بها إلى مجرد العقل وحكمه، وإنما يلزم استناد المصلحة إلى النصوص الشرعية للحكم باعتبارها، ومن ذلك أن حكم الصحابة بقتل الجماعة بالواحد لم يستند إلى ما قد يراه العقل من أن هذا هو المصلحة وإنما استند إلى مصلحة «حفظ الحياة» المعتبرة شرعاً بدليل شرع القصاص وتحريم النفس الإنسانية وتكريمها واعتبار العدوان عليها عدواناً على البشرية جميعها. وبهذا فإن المصلحة ليست حكم العقل المجرد، وإنما هي حكم النصوص.

٣ـ الأحكام الشرعية المنصوص عليها شرعت لتحقيق مصالح معينة، فإذا تغيرت الظروف ولم يؤد تطبيق الحكم الشرعي في هذه الظروف إلى تحقيق هذه المصالح المقصودة من الحكم عدل عن تطبيق الحكم المنصوص عليه إلى غيره مما عساه أن يحقق المصلحة المقصودة. ولا يعد هذا تغييراً في الحكم الشرعي، إذ يظل الحكم قائماً لتطبيقه في الظروف التي يحقق فيها المصلحة المقصودة من شرعه.

يوضحه حكم عمر بن الخطاب في منع تطبيق حد السرقة عام المجاعة، لأن المقصود من شرع حد السرقة هو منع السارق من أخذ مال غيره إذا لم يكن مضطراً إلى هذا الأخذ. أما إن قامت شبهة الاضطرار سقط الحدّ به في هذا الظرف، ولا يعد هذا تعطيلاً لحكم السرقة، وإنما هو عدم تطبيق له في الظروف التي لا يحقق فيها التطبيق المصلحة المقصودة، بل ويفوت مصلحة مقصودة أخرى هي حفظ البدن الإنساني.

وقد يوضحه كذلك أن اللعان شرع لدفع عقوبة القذف عن الزوج إذا وجد امرأته متلبسة بالزنا ويريد إبلاغ القاضي بحالتها ليفرق بينهما ولينفي عنه نسب من تلده من هذا الزنا. غير أن القاضي إذا وجد أن الزوج يقصد اللعان لإلحاق العار والشين بالزوجة وبأسرتها عن طريق تقديمها إلى المحكمة بهذه التهمة لإجراء العلنية بينهما أو لإجبارها على التنازل عن حقوقها المختلفة فإنه يستطيع أن يحكم

بعدم إجراء اللعان. وقد حكم قضاة فاس بإبطال إجراء اللعان فى أحوال كثيرة، بناء على أن الزوج الراغب فى إجراء اللعان قد خرج به عن مقصوده المشروع وحوله إلى أن يكون وسيلة انتقام من الزوجة وأهلها.

وقد أوقع عمر رضي الله عنه الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً بعد أن كان لايحسب إلا واحدة زمن رسول الله ﷺ وأبى بكر رضي الله عنه وصدر خلافة عمر رضي الله عنه ، وقال فى ذلك قولته المشهورة عن تعجل الناس فى أمر كانت لهم فيه أناة، ومعناه أنهم خالفوا المقصود من شرعه على مرات، وقصدوا منه ما لم يشرع له، وهو الإساءة إلى الزوجة، وإظهار البغض والكراهية مما عساه أن يسئ إليها، ولكن إيقاعه على هذا النحو لا يعنى تغيير الحكم الشرعى، إذ يمكن الرجوع إليه مرة أخرى لو كان هذا الرجوع يحقق المصلحة المقصودة من شرعه، وهو إعطاء فرصة أو أكثر للزوجين لاستئناف حياتهما الزوجية، أو للخروج من المفاسد التى رتبها احتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وهو شيوع التحليل، وهذا الرجوع قد تحقق فى مرسوم ١٩٢٠.

ولعل هذه الأمثلة أن تؤكد لنا أمراً على قدر كبير من الأهمية، وهو أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح معينة، فإن لم يحقق العمل بأى منها المصلحة المقصودة من شرعها فى ظرف خاص من الظروف فإنه يعدل عن تطبيق الحكم المنصوص عليه إلى غيره مما عساه أن يحقق المصالح المقصودة للشارع، ولا يفيد ذلك إنهاء العمل بحكم شرعى أو تعطيل تطبيقه، وإنما يعد هذا نوعاً من العدول عن تطبيق أصل شرعى لا يحقق المصلحة المقصودة من شرعه إلى تطبيق أصل شرعى آخر لتحقيق مصلحة أخرى مقصودة شرعاً.

وقد يفسر لنا هذا موقف عمر من سهم المؤلفة قلوبهم ومنعه إعطائهم النصيب الذى كان يعطيه لهم النبى ﷺ وأبو بكر رضي الله عنه متعللاً لهذا المنع بأن الله أعز الإسلام والمسلمين، ولا يعنى هذا إلغاء هذا السهم إلى الأبد، وإنما يعنى

عدم ضرورة تطبيقه فى ظروف عزة الإسلام والمسلمين. أما إذا احتاجوا إلى تأليف الناس حولهم وإضعاف مقاومة أعدائهم فلا بأس باستئناف العمل بالحكم فى هذه الأحوال وإعطائهم من هذا السهم.

شروط العمل بالمصلحة المرسلة :

يشترط للعمل بالمصلحة الشروط التالية :

١ـ الملاءمة لمقاصد الشارع وتصرفاته كما تقدم، فإن المصلحة لا يعمل بها إلا إذا شهدت النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار. أما إن شهدت لعينها فإن هذا الإعمال يتخذ شكل القياس. يوضح اشتراط الملاءمة ما أفتى به الحنابلة من جواز نفى أهل الفتن والفساد إلى مكان يؤمن فيه شرهم، وذلك لمصلحة اعتبرها الشارع وهى حفظ الأمن ودفع الضرر عن الناس وحفظ أموالهم ودمائهم. ومنه كذلك إفتاء أحمد بن حنبل بجواز تخصيص أحد الأولاد بالهبة لمرضه أو طلبه العلم أو كثرة عياله أو صغره أو عجزه عن الكسب. والمصلحة المعتبرة شرعاً هى حفظ الولد وعونه على التربية والنضوج والتعليم، وهى أمور شهدت النصوص باعتبارها.

٢ـ أن تكون المصلحة حقيقية وليست متوهمة، بحيث تجلب النفع بالفعل أو تدفع الضرر، أما مجرد التوهم واعتقاد النفع دون مطابقة للواقع فلا يعد من المصالح، ويدل هذا على أن دراسة الواقع بالمناهج العلمية من ألزم الأمور للفقيه، لكى يتعرف على الموجود ويتحقق من المشكلة، ويعرف أسلوب مواجهتها. وعلى سبيل التوضيح فقد يتوهم البعض أن هناك مصلحة للمرأة فى إعطائها الحق فى تطليق نفسها أسوة بالرجل فى ذلك، أو رفع حق الطلاق من يد الرجل وجعله بيد القاضى، أو منع الطلاق بالكامل واستمرار الحياة الزوجية دون نظر إلى طبيعة العلاقة بين الزوجين. غير أن المصالح لا تقر على هذا النحو، ولا تبنى الأحكام الشرعية على مثل هذا التوهم.

٣- ألا تكون هذه المصلحة معارضة لأصل شرعى مقطوع به لثبوته بالنص أو الإجماع، وواجب الفقيه العمل على تحقيق المصالح الإجتماعية مع الالتزام بقواعد الشريعة ودون خروج عليها. إن عمله لا ينحصر فى تحقيق المصالح المستندة إلى حكم العقل وحده، كما أن أداءه لوظيفته لن يكتمل بمجرد التطبيق الآلى لما تضمنته النصوص من أحكام، دون التفات إلى المصالح المقصودة من شرع هذه الأحكام. ولعل فى مثال تضمين الصناع ما يدل على هذه الطبيعة المزدوجة لعمل الفقيه المسلم، فقد اتضح للصحابة المبدأ الشرعى القاضى بأن الأمين لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدى، كما اتضح لهم أن تكليف العملاء بإثبات التعدى على الصناع غير ميسور فى أغلب الأحوال، مما يؤدى إلى تضييع حقوق العملاء وأموالهم، ووجدوا الحل لذلك فى التمسك بأن الصناع أمناء لا يضمنون بغير التعدى، ولكنهم هم الذين يكلفون بإثبات عدم التعدى. وهذا الحل الإجرائى كفل الإحتفاظ بالمبدأ الموضوعى على حاله مع توفير الاستجابة للمصالح الاجتماعية وإنهاء المشكلة، وبذا أصبح العملاء آمنين على حقوقهم من جشع الصناع أو تفريطهم أو تعديهم، كما أن الصناع كذلك لن يضمنوا تلف الأموال التى تحت أيديهم إذا أمكنهم إثبات عدم التعدى، وبذا فإن مسئوليتهم المفترضة قابلة لإثبات العكس.

قواعد العمل بالمصالح:

صاغ الفقهاء والأصوليون عدداً من القواعد التى تضبط العمل بالمصالح المرسلة. وفيما يلى بعض هذه القواعد.

١- رفع الضرر أو الضرر يزال:

مستند هذه القاعدة حديث النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وتشهد لها نصوص قرآنية وقواعد شرعية عديدة. من بينها قوله تعالى: ﴿ولاتضاروهن لتضيقوا

عليهن﴾، وقوله : ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾، وقوله: ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾. ومن القواعد الشرعية التي تشهد لأصل رفع الضرر إيجاب الضمان على الغاصب والمتلف لمال غيره، وشرع الدية والأروش في القتل الخطأ والجراحات والجنايات.

ويجرى تطبيق هذه القاعدة فى فروع عديدة، منها الحجر على السفيه والمفتي الماجن والمكارى المفلس والطبيب الجاهل، وذلك لأن عدم الحجر عليهم يضر بالناس والمتعاملين معهم، فوجب الحجر عليهم رفعاً لهذه الأضرار.

٢- الضرر يدفع بقدر الإمكان:

توجب هذه القاعدة العمل على دفع الضرر قبل وقوعه. ومن تطبيقات هذه القاعدة، التي تستند إلى ما استندت إليه القاعدة السابقة، الحكم بدفع الصائل، ومضمون هذا الحكم أنه إذا هجم إنسان أو حيوان على أحد فإن له أن يدفعه عن نفسه بما يمكن دفعه به، فإذا اندفع بالزجر أو الصياح أو بالاستغاثة لم يكن له أن يضر به، وإذا اندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله. وإذا قصد الصائل قتل أحد كان لمن أريد بالقتل أو لغيره أن يدفعه ولو بقتله. وكذا لو هجم على امرأة وأراد اغتصابها فإن لها أو لغيرها الدفع عنها ولو بقتله، ويفيد منطوق القاعدة أنه يجب العمل على دفع الضرر بأقل ما يندفع به، ولذا فإن الدفع بالنصح أو بالتوبيخ والتعنيف مقدم على التهديد بالضرب ، والضرب مقدم على الجرح أو القتل.. وهكذا.

٣- المشقة تجلب التيسير:

هذه القاعدة مستندها مضمون آيات كثيرة تدل على أن الله يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر، وأنه لا يريد إحراج عباده أو إعاقتهم بما يفرضه من أحكام. ويبدو هذا التيسير عند مظنة حدوث المشقة بشرع الرخص للمسافر، حيث

يباح له الفطر فى رمضان والقصر فى الصلاة الرباعية ومنه كذلك شرع المسح على الخفين لمن يلبسهما على طهارة وشرع التيمم لمن لا يجد الماء أو يتضرر باستخدامه، ومنه الترخيص بإباحة تناول الميتة عند الاضطرار.

وتبدو تطبيقات هذه القاعدة فى فروع عديدة، من بينها إباحة عقد العقود بالتعاطى والتوثيق بالرجوع إلى دفاتر التجار، والتخير من أقوال الفقهاء ما يناسب تحقيق المصالح الاجتماعية، والاعتراف بإمامة المتغلب الذى يصل إلى السلطة بالقوة دون بيعة إذا كانت المفاسد التى تترتب على مقاومته تزيد عن المصالح المترتبة على هذه المقاومة.

٤ـ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:

يختار أهون الشرين ـ إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ـ الضرر لا يزال بمثله.

تفيد هذه القواعد معنى واحد، هو أنه إذا اجتمعت الأضرار ولم يمكن دفعها جميعاً، وكان من الممكن دفع الضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف تعين ذلك، دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

ولذا فإنه إذا هدد شخص آخر بالقتل إذا لم يتلف مال غيره، ووقر فى الذهن أنه ينفذ ما هدد به لم يسعه إلا أن يتلف مال غيره، لأنه أهون الشرين وأخفهما ضرراً. أما إذا هدده بالقتل إن لم يقتل إنساناً فإنه لا يسعه الإقدام على القتل ولو بدأ فى تنفيذ تهديده، لتساوى الضررين فلا يزال الضرر بارتكاب ضرر يماثله أو يزيد عنه.

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجوز الحجر على السفيه المبذر المتلف لماله، بناء على أن هذه المصلحة معارضة بما هو أولى منها، وهى مصلحة الحفاظ على الكرامة الإنسانية وحق الإنسان فى التصرف فى ماله، وهذه المصلحة الأخرى أولى

بالرعاية والاعتبار من مجرد حفظ المال.

ومن جنس هذه القواعد قاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ومن تطبيقاتها جواز الاستيلاء على أموال المحتكرين وبيعها عليهم بثمن المثل جبراً عنهم إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بذلك.

٥ـ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح:

فى معنى هذه القاعد أن التخلية مقدمة على التحلية، ومفاد ذلك أنه إذا تعارض تحصيل المصالح مع دفع المفاسد ولم يمكن الجمع بينهما فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا اتخذ إنسان دكان حداد إلى جوار منزل فإن الحداد يمنع من ذلك، لأن مصلحته فى العمل معارضة بإيذاء سكان المنزل والإضرار بهم فيتقدم دفع الضرر على تحقيق المصالح.

﴿ سادساً ـ الاستحسان ﴾

تعريفه:

الاستحسان عد الشيء حسنًا، ويطلق على كل ما تميل إليه النفس ويستهوى الإنسان حسياً كان أو معنوياً.

أما فى الاصطلاح فهو العدول عن دليل إلى العمل بدليل آخر أقوى منه، لما ترجح للمجتهد من خبرته بتصرفات الشارع. ومقتضى ذلك أن المجتهد ينظر فى المسألة المطروحة فيجد تنازع الأدلة والأصول التى يحتمل تعلقها بهذه المسألة. غير أنه يستحسن إلحاقها بأصل دون الآخر، بناء على ما ينكشف له من تحقق العدالة ومراعاة مقاصد الشارع. ولعلنا نستطيع بذلك فهم تعريف ابن عربى للاستحسان

بأنه: «ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص»، أو تعريف النسفى الحنفى بأنه «اسم لدليل يعارض القياس الجلى» أو الظاهر الذى تسبق إليه الأوهام قبل إنعام التأمل فيه. أما بعد إنعام التأمل فى حكم الحادثة وأشباهها من الأصول وظهور أن الدليل الذى عارضه فوقه فى القوة فإن العمل به هو الواجب.

ويعرفه الشاطبى بأنه الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى.

ويتفق الاستحسان الحنفى والمالكى فى أن المجتهد يعدل عن العمل بما يمليه القياس الذى يتوارد إلى الذهن ويأخذ بقياس آخر أخفى فى الذهن تحقيقاً لمصلحة أولى فى الاعتبار الشرعى. توضيحه أنه إذا سئل المجتهد عن حكم كشف العورة للتداوى فإن الذى يرد إلى ذهنه أولاً هو تحريم ذلك للقاعدة العامة القاضية بوجوب ستر العورات. غير أن المجتهد إذا تأمل الأمر فسينكشف له أن الحكم بالتحريم يؤدى إلى مشقة بالغة فى احتمال استمرار المعاناة من المرض والألم أو احتمال فقد الحياة نفسها، فيعدل بهذا عن العمل بالقاعدة العامة التى وردت للذهن أول الأمر، ويرجح العمل بالمصلحة الجزئية الخاصة، بناء على ما يترجح له من أن تصرفات الشرع توجب التيسير على الناس، وتنشد حفظ الحياة، ولأن ستر العورة تكميلى لمصلحة ضرورية وحفظ الحياة من المصالح الضرورية فيتقدم اعتبارها على اعتبار المصلحة التكميلية.

ومن أمثلة الاستحسان المشهورة عند الأحناف حكمهم بجواز بيع السلم بمخالفة القاعدة العامة التى تمنع بيع الإنسان ما ليس موجوداً، والحكم بجواز الإجارة بمخالفة الأصل القاضى بمنع بيع المعدوم، وفى الإجارة بيع المنفعة، وهى معدومة، لأنها يتجدد حدوثها وتوجد لحظة بعد أخرى.

ويعرف القرافى الاستحسان بأنه عبارة عن «العدول فى بعض الأحوال عن قياس يتضمن غلواً فى الحكم ومبالغة فيه. ومن ذلك أن الغرر فى العقود ممنوع ويبطلها، غير أن تطبيق هذا الأصل على وجه آلى وفى كل الأحوال يوجب مشقة

كبيرة، لأن العقود والتعاملات فى أكثر الأحوال لا تنفك عن نوع الغرر إذا كان يسيراً لا يمكن التحرز عنه أو كان مما يتسامح فيه الناس، ولا يؤدى إلى المنازعة. ولذا يحكم بجواز بيع المغيبات فى الأرض كالفجل والجزر، كما يحكم بجواز بيع ما يخفى بعضه كالدور حيث لا يطلع على أساسها، كما يجوز الاتفاق مع الطبيب على إجراء جراحة بأجرة معينة رغم احتمال اختلاف الجهد والعمل الذى يبذله باختلاف ظروف إجراء الجراحة نفسها.

ومن العمل بالاستحسان الحكم بعدم تضمين الغاصب ذى الشبهة المنفعة التى استفادها مدة الغصب، من ذلك أن تنتقل اليه حيازة أرض بميراث أو بيع ولا يعلم أنها كانت مغصوبة، وأن انتقالها إليه انتقال معيب فلا يجب عليه عند المالكية سوى رد العين، ولا يقضى عليه بالتعويض عن المنفعة التى استفادها قبل الرد، وذلك لأنه حائز سليم النية، ولو طبقنا عليه قاعدة إيجاب ضمان منفعة المغصوب المستفادة لأوقعناه فى حرج شديد، لأنه لم يستخدمه بنية رد قيمة هذه المنفعة، فيعدل عن العمل بمقتضى القياس الذى يوجب تغريم الغاصب قيمة المنفعة المستفادة بخصوص هذه الحالة دفعاً للحرج والمشقة عن هذا الحائز الحسن النية. وفى هذا المثال كان العدول عن مقتضى القاعدة الكلية فى حالة مخصوصة تحرياً للعدالة التى لا تتحقق بالتطبيق الآلى للقواعد الكلية فى مختلف الظروف والأحوال.

وهناك مثال طريف آخر يسوقه الفقهاء فى توضيح ما يوجبه التعديل بإتلاف صفة أو جزء من شئ مع بقاء عين هذا الشئ، كما لو هدم شرفة جاره أو غصب سيارة فأفسد لونها، حيث يوجب الفقهاء كقاعدة عامة ما يسمى بأرش النقصان أو الفرق بين قيمة الشئ سليماً وقيمته معيباً، فلو كانت قيمة السيارة بلونها عند أخذها عشرين ألفاً، وأصبحت قيمتها بعد هذا التغيير ثمانية عشر ألفاً، فإن أرش النقصان ألفان يدفعهما المتسبب فى إتلاف اللون.

غير أن تطبيق هذه القاعدة فى الظروف كلها يؤدى إلى الخروج على العدالة وهذا ما يوضحه بعض الفقهاء بذكر هذا المثال الطريف، وهو أن من أتلف ذنب بغلة القاضى فإنه لا يطالب بأرش النقصان. مع أن هذا هو الواجب لو كانت هذه البغلة لفلاح يركبها ويستخدمها فى أعماله، والفرق أن القاضى لن يستطيع ركوب البغلة بعد تلف ذنبها ولن يستطيع الانتفاع بها فى أوجه الانتفاع المألوفة. ويعد إتلاف الذنب إتلافاً للعين كلها، فيجب عليه دفع قيمة البغلة وأخذها.

ومنه كذلك حكم الأحناف بأنه إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن قبل قبض المشترى السلعة فإنهما يتحالفان ويبطل البيع، وذلك على سبيل الاستحسان، ويقتضى القياس تكليف البائع بإثبات ما يدعيه من الزيادة فى الثمن وإلا صدق المشترى مع مطالبته باليمنى، طبقاً لقاعدة : البينة على المدعى واليمين على من أنكر. غير أن تطبيق هذه القاعدة العامة قد لا يحقق العدالة بمثل ما يحققه الاستحسان فى هذا الظرف، فيحكم بالعدول عن مقتضى هذه القاعدة وإيجاب التراد بينهما، بحيث يرد البائع ما كان قد أخذه من الثمن ويبطل العقد بعد تحليفهما.

ومن أمثلة الاستحسان الحكم بجواز بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى، وصورته أن من يحتاج مالاً يستطيع أن يبيع شيئاً له كمنزل بثمن يأخذه ويتصرف فيه لدفع حاجته، ويتفق مع المشترى على أن له أن يأخذ المنزل منه مرة أخرى متى وفاه بثمنه. توضيح الاستحسان فيه أن القاعدة العامة تقضى بأن حكم البيع هو انتقال المبيع إلى ملكية المشترى انتقالاً مطلقاً، ويؤدى هذا الشرط (رد المبيع عند الوفاء بالثمن) إلى تقييد حق المشترى فى التصرف فى المبيع، فكان القياس أن يبطل هذا العقد، غير أن بعض فقهاء الأحناف أجازوه على سبيل الاستحسان، لأنه يحقق مصلحة اجتماعية، ولا يناقض ما توجبه العدالة التى تنبنى

عليها أحكام العقود فى الفقه ، إذ سيتمكن البائع المحتاج للمال من قضاء حاجته، كما سيستفيد المشترى بالمبيع قبل رد ثمنه إليه.

ولعل هذه الأمثلة كلها أن توضح مفهوم الاستحسان وطبيعته التى تتضمن:

١ـ وجود قاعدة عامة تتبادر إلى الذهن عند التفكير فى الحكم الشرعى لمسألة من المسائل، وهذه القاعدة العامة هى ما يطلق عليها: الأصل، والقياس الجلى، أى الواضح الظاهر.

٢ـ يستشعر الفقيه أن تطبيق هذه القاعدة العامة بخصوص مثال بعينه أو جزئية من الجزئيات أمر لا يحقق المصلحة المقصودة من هذه القاعدة ، فيضطر إلى الخروج عليها على سبيل الاستثناء.

٣ـ يتضمن الاستحسان هذا العدول عن تطبيق القاعدة العامة إلى تطبيق معايير أخرى أكثر عموماً وأبعد فى الاستدعاء، وهى لهذا من باب القياس الخفى أو الأصل البعيد.

٤ـ يهدف هذا العدول إلى تحقيق المصلحة أو العدالة فى جزئية من الجزئيات، ويستعين الفقيه بخبرته فى العلم بمقاصد الشريعة وقواعدها العامة لتطبيق ما يراه ملائماً منها فى الجزئية التى ينظرها.

موقف الشافعى من الاستحسان:

من الواضح أن الشافعى قد رفض الاستحسان رفضاً قاطعاً لا مجال لحمله على محمل آخر، فقال بأن من استحسن فقد شرع وبأن الاستحسان تلذذ وقول بالتشهى.

ولا يمكن تفسير موقف الشافعى من الاستحسان الحنفى والمالكى بأنه

كان يهاجم نوعاً من الاستحسان غير الذى قبله الأحناف والمالكية فى عصره، إذ نربأ بالشافعى عن الظن به هذا الظن، إذ كيف يوفق المرء بين ريادة الشافعى فى أصول الفقه وتتلمذه على كل من مالك ومحمد بن الحسن الشيبانى وبين ما يريد البعض أن يصور الأمر عليه. وكأن الشافعى كان يهاجم استحساناً تخيله هو بعد أن غاب عنه فهم الأحناف والمالكية لهذا الأصل. ويعبر أحد أساتذة أصول الفقه عن هذا الموقف العام بقوله: «الظاهر لى أن الفريقين المختلفين فى الاستحسان لم يتفقا فى تحديد معناه. المحتجون به يريدون منه معنى غير الذى يريده من لا يحتجون به. ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا فى الاحتجاج به ، لأن الاستحسان هو عند التحقيق عدول عن دليل ظاهر أو عن حكم كلى لدليل اقتضى هذا العدول، وليس مجرد تشريع بالهوى، وكل قاض قد تنقدح فى عقله فى كثير من الوقائع مصلحة حقيقية تقتضى العدول فى هذه الجزئية عما يقضى به ظاهر القانون. وما هذا إلا نوع من الاستحسان» [1].

وهكذا فإن الشافعى، طبقاً لهذا التحليل، يهاجم استحساناً يختلف فى معناه عن الاستحسان الذى قبله الأحناف والمالكية، وكأنه لم يفهم ما عنوه بهذا المصطلح ثم راح يهاجمهم ويعيب عليهم مالا يقولون به.

وأريد أن أؤكد أمراً أحسبه على قدر من الأهمية فى تصور نظرية الشافعى الأصولية وفى تصور طبيعة الاستحسان، وهذا الأمر هو أن الشافعى فهم الاستحسان الحنفى والمالكى على وجهه الحقيقى وهاجمه بذاته ولم يرضه منهجاً للنظر الفقهى واستنباط الأحكام.

وأسبابى فى هذا هى :

١ـ أخذ الشافعى وقتاً كافيًا فى التعرف على ما عند المالكية والأحناف، وتتلمذ على رؤسائهم كما هو معروف من سيرته.

---

(١) أصول الفقه للمرحوم عبد الوهاب خلاف، ص ٨٢.

٢ـ لم يجد الشافعى حرجاً من الهجوم على عناصر عديدة من مناهج أساتذته، فخالف مالكاً فى إجماع أهل المدينة، وأبطل حجية هذا النوع من الإجماع على النحو الذى تقدمت الإشارة إليه، ولم يمنعه إعجابه بأستاذه محمد بن الحسن الشيبانى من الرد عليه حسبما هو ملخص فى الجزء السابع من الأم فى كتاب عنوانه : الرد على محمد بن الحسن.

٣ـ يرفض الشافعى العدول عن الظاهر (القياس الجلى) فى الاجتهاد. ويعبر فى مقدمة عرضه للاستدلال على بطلان الاستحسان عن وجوب التمسك بالظواهر، ويرتب على هذا بأنه: «لا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة وهذه سوء نية، ألا ترى رجلاً لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالاً وكانت النية بالقتل غير جائزة ولم يبطل بها البيع»[١].

وينكر الشافعى على الأحناف والمالكية العدول عن القياس إلى غيره، مؤكدا لهم أنهم إن جهلوا الأصل المقيس عليه وجب عليهم البحث عنه، وإن علموه لم يحل لهم العدول عنه ما داموا يسلمون بحجية القياس. ويوضح ذلك بمثال يبين فهمه للاستحسان الذى يهاجمه بأنه إذا فسدت تسمية المهر، كأن يتفقا على شئ معين فيظهر أنه ملك لغيره، فإن الواجب هو مهر مثلها «فى الجمال والمال والشباب واللب والأدب، فلو قيل مائة دينار ولكننا نستحسن أن نزيدها درهماً أو ننقصها لم يحل له»[٢].

٤ـ ينطلق الشافعى فى نقده للاستحسان من اتجاهه المبدئى إلى ضبط شكل الاجتهاد وحصره فى القياس، وليس للمجتهد فيما يصرح به الشافعى خياراً آخر سوى العمل بالنص أو الإجماع أو القياس على ما جاء فى هذه المصادر الثلاثة، وهو لهذا ينفى العمل بالمصلحة المرسلة أيضاً. وهى من المصادر الموهومة

---

(١) الأم ٢٧٠/٧.
(٢) السابق ٢٧٢/٧.

عند الغزالى والشافعى، ولا يجرى العمل بالمصلحة عندهما إلا بقياسها على أصل يماثلها ويشترك معها فى الوصف المناسب.

وإذن فإن الشافعى ينتمى إلى مدرسة تتقيد فى التعامل مع النصوص بمعانيها الظاهرة، وتسعى إلى تطبيق القواعد المتضمنة فى هذه النصوص، دون أن تحاول استبطان مقاصد النص ومراميه وسبر أبعاده المختلفة، ولا مانع لديه من إعمال المصالح التى نص الشارع على أعيانها أو أنواعها. أما التوغل فى النصوص أكثر من ذلك لاكتشاف أجناس المصالح وإعمال هذه الأجناس دون إلحاق للنظير بنظيره فهذا هو الاجتهاد الذى لا تهديه النصوص واحتمال الخطأ فيه أكثر من احتمال الصواب، وهو لهذا يضبط الاجتهاد بالقياس ويعرفه به. إن الشافعى لا يريد أن يخاطر ويريد أن تحمله النصوص، وهو بهذا أقرب إلى مدرسة التفسير الظاهرى.

إنه يعنى ما يقوله حقاً، وأن من استحسن فقد شرع بابتعاده عن النصوص، وبتصرفه بهذه الحرية التى يمنحها المجتهد لنفسه فى إلحاق الجزئية التى ينظرها بالأصول الشرعية المتعددة وفق رأيه هو واستحسانه الخاص، ولن يستعصى على هذا المجتهد أن يجد قاعدة من القواعد الشرعية التى يلحق بها ما يستحسنه. وهذا بالضبط ما يريد الشافعى أن يتجنبه ، ويخالفه الآخرون فى ذلك من الأحناف والمالكية، ولا يرون أن الاستحسان غير منضبط على هذا النحو، وهذا هو الذى سعى إليه المالكية والأحناف بعد امتصاصهم صدمة هجوم الشافعى عليهم، ويتمثل هذا الضبط فى تقسيم الاستحسان إلى الأنواع التالية :

أنواع الاستحسان:

تقدم أن الاستحسان خروج على أصل كلى فى جزئية لدليل شرعى يراه المجتهد، ويمثل هذا الدليل الذى يستند إليه المجتهد فى استحسانه الضابط الذى

يبعد عن التشهى والتلذذ والخروج على الأصل أو القياس الجلى، ويتنوع الاستحسان بتنوع الدليل الذى يقوم عليه وينضبط به إلى الأنواع التالية :

١- الاستحسان بالنص:

يعنى الاستحسان بالنص الخروج عن القاعدة العامة أو الأصل المنصوص عليه فى جزئية معينة . من ذلك أن القاعدة العامة أنه لا يصح بيع المعدوم، لكن يستثنى من هذه القاعدة الحكم بجواز السلم، لأن الشرع أجازه، وذلك بقوله: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾، فقد فسر البعض الدين هنا بالسلم، كما جاز السلم بقوله ﷺ : «من أسلف فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم».

٢- الاستحسان بالإجماع :

وذلك كعقد الاستصناع الذى يعد عقداً على معدوم، غير أنه جاز لتعامل الناس به دون أن ينكر عليهم أحد من العلماء فكان إجماعاً ، وبذلك فقد استثنى هذا العقد من القاعدة العامة، ومصدر هذا الاستثناء الإجماع.

٣- الاستحسان بالعرف:

ومعناه أن يكون العدول عن الأصل العام مبعثه العرف، وذلك كجواز وقف المنقول الذى تمنعه القواعد العامة الموجبة للتأبيد فى الوقف، فيشترط أن يكون عقاراً لهذا، غير أن العرف جرى على وقف المنقول فيحكم بجوازه على سبيل الاستحسان تصحيحاً لتصرف الناس.

٤- الاستحسان للضرورة:

وهو أن يكون العدول عن القاعدة العامة للضرورة، وقد مثلوا له بتصحيح بيع الوفاء الذى انتشر فى بخارى لحاجة الناس العامة المنزلة منزلة الضرورة، ومنه

كذلك جواز التعامل مع الغرر اليسير أو الغرر الذى يتسامح فيه الناس، ولا يؤدى إلى المنازعة بينهم. وإنما اغتفر هذا النوع من الغرر للضرورة، إذ إن المعاملات لا تنفك عنه ولا يستطيع الناس تجنب ذلك.

٥- الاستحسان للمصلحة :

ومعناه أن العدول عن القاعدة العامة كان بدليل المصلحة التى أوجبت هذا العدول. من ذلك الحكم بتضمين الصناع السابق الذكر، فالقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدى، وأن البينة على المدعى، غير أنه قد استحسن نقل عبء إثبات عدم التعدى عليهم لدفع الضمان عنهم.

٦- الاستحسان بالقياس الخفى:

وقد مثلوا له بما إذا شهد أربعة شهود على الزنا فى منزل معين، ثم اختلفوا فى تحديد الحجرة التى وقعت فيها الجريمة، فالقياس إقامة الحد لتوافر نصاب الشهادة المطلوب، غير أن الاستحسان هو العدول عن هذا القياس إلى قياس آخر هو عدم وجوب حد الزنا وإقامة حد القذف على الشهود الأربعة [١]. ومنه أن السباع من الطير تماثل السباع من الحيوانات فى أكل لحم الميتة فكان القياس التشريك بينهما فى الحكم بنجاسة باقى الماء الذى يشربان منه، لاختلاط هذا الباقى باللعاب المتنجس بأكل الميتة، غير أن الاستحسان يقتضى عدم التشريك والحكم بطهارة سؤر سباع الطيور، لأنها تمد بمنقارها فى الماء، وهو عظم طاهر فلا يختلط اللعاب النجس بالماء ،ويحكم بطهارة سؤرها [١].

وقد أدى ضبط الاستحسان على هذا النحو وتحديد أنواعه بهذه الصور إلى فقده هذه الحرية التى كانت له قبل هجوم الشافعى عليه.

---

(١) المستصفي ٢٨٦/١، وما بعدها.

(٢) أصول السرخسي ٢٠٢,٢.

﴿ سابعاً - العرف ﴾

تعريفه:

العرف فى اللغة هو المعروف مما ألفه الناس من أوجه الخير والمصالح. أما فى الاصطلاح فيطلق على ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه فى حياته من قول أو فعل.

وتطلق العادة والعرف بمعنى واحد فى الاصطلاح الفقهى، وإنما جعل العرف أصلاً لكثرة الرجوع إليه فى مسائل الفقه.

وترجع أهمية العرف إلى تعبيره عما ألفه الناس واعتادوا عليه ورأوا فيه صالحهم، ولا معنى لاجتماعهم عليه سوي إحساسهم بأنه يحقق لهم مصالحهم.

ومن الواضح أن العرف مصدر ثانوى فى الدلالة على الأحكام، لأنه لا يتقدم على النصوص، ولا عمل له إذا خالفها، وهو لهذا ينقسم إلى نوعين: أولهما: العرف الصحيح الذى لا يخالف أصلاً شرعياً، والثانى: العرف الفاسد الذى يخالف أصلاً شرعياً. وإنما يعمل بالأول دون الثانى.

حجية العرف:

العرف حجة مقبولة يعتمد عليها فى بناء الأحكام، وتستند هذه الحجية إلى الأدلة الآتية :

١ـ الأدلة الموجبة للعمل بالمصالح.

٢ـ إجماع الصحابة على العمل به وإقرارهم أعراف البلاد المفتوحة ما دامت لا تعارض أصلاً شرعياً.

٣ـ مسلك الشرع نفسه فى إقرار كثير من الأعراف الصالحة كالمزارعة

والبيوع الصحيحة والإجارات والمشاركات والإقرارات والتحكيم وما إلى ذلك .

ومن الواضح أن بعض الفقهاء قد تكلف الاستدلال على حجية العرف بقوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ ، وبالقول المنسوب إلى النبى ﷺ : «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حس. غير أن ابن نجيم يذكر عن بعضهم أن هذا الحديث لا يوجد مرفوعًا فى كتب الحديث ولا بسند ضعيف، ومثل هذا الاستدلال المتكلف لا دليل فيه ولا يحتاج إليه العرف لإثبات حجيته.

شروط اعتبار العرف والعمل به:

يشترط لإعمال العرف الشروط التالية :

١ـ ألا يكون مخالفاً للنص، ومن ذلك الاتفاق على تأجيل جزء من المهر إلى حين الوفاة أو الطلاق لتنتفع به الزوجة عند التفريق ولتستعين بهذا المؤخر فى مواجهة أعباء حياتها الجديدة، فهذا لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، فإذا اتفقا على شئ مؤجل من المهر انصرف التأجيل إلى حين الوفاة أو الطلاق.

٢ـ أن تكون العادة مطردة أو غالبة ، ولذا فإنه إذا اشترى شيئاً بمائة انصرف ذلك إلى النقد الغالب فى البلد، ولا يصح للطرف الآخر المطالبة بأن تكون هذه المائة من عملة أخرى غير العملة الرائجة فى البلد الذى جرى فيه التعاقد، ما لم يتفق على عملة أخرى.

٣ـ ألا ينتقض العرف بما هو أقوى منه كالاتفاق على خلافه فإن الاتفاق هو الذى يجب العمل به، ولذا فإنه لو تم الاتفاق على تأجيل شئ من المهر إلى شهر أو سنة لزم الوفاء به فى المدة المحدودة، ولا يرجع إلى العرف فى وجوبه بأدنى الأجلين : الموت أو الطلاق.

قواعد العمل بالعرف:

صاغ الفقهاء والأصوليون قواعد عديدة لضبط العمل بالعرف، أسوق بعض منها فيما يلي:

١- العادة محكمة:

ومعناه أن العرف معتبر ويرجع إليه فى كثير من الأحكام، من ذلك أن الشرع يوجب الضمان بالتعدى أو بالإهمال، وليس فى الشرع نص يحدد معنى الإهمال فيرجع إلى العرف فى تحديده، ولذا فإنه لو استأجر دابة وتركها فضاعت ضمن قيمتها إن اعتبر هذا الترك إهمالاً وإلا لم يضمن. وكذا لو قاد سيارته فتناثرت الحجارة والرمال بسيرها على نحو أضر بأحد المارة ضمن الضرر إن اعتبر مجاوزاً السرعة المألوفة فى هذا المكان، وكذا على المودَع أن يحفظ الوديعة طبقاً لما اعتاده الناس فى حفظ أموالهم، فإن خالف كان متعدياً وضمن.

وإنما تعمل العادة بالشروط السابقة، وهذا هو ما تشير إليه قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت» [١]. وفى معناها قاعدة «العبرة للغالب الشائع لا للنادر» [٢].

٢- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً [٣]:

معنى هذه القاعدة أن العرف فى العقود ينزل منزلة الشروط المتفق عليها بين العاقدين، فإذا اشترى شيئًا وجرت العادة بتغليف البائع للمبيع بأسلوب معين أو نقله أو ضمان مدة معينة وجب ذلك حتى ولو لم ينص عليه فى التعاقد. يسوغ ذلك أن العرف ينظر إليه باعتباره مكملاً للعقد وفى نية المتعاقدين عند التعاقد ما لم يتفق على خلافه.

---

(١) المادة ٤١ من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) المادة ٤٢ من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) المادة ٤٣ من مجلة الأحكام العدلية.

وفي معنى هذه القاعدة أن «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» ومفاد هذه القاعدة كسابقتها أن تعيين الحقوق والواجبات في التعاقد مرده إلى نص بنود العقد وشروطه وإلى ما هو معروف بين الناس كذلك. ولا يفهم أحد أن النص الذي يتساوى به العرف هنا هو النص الشرعي، وإنما يتعلق ذلك بنص العقد وبنوده المدونة أو الملفوظة، ذلك أن الفقهاء لا يساوون بين العرف وبين اولنص كما اتضح من اعتبارهم للعرف مصدراً ثانوياً وتابعاً للنصوص الشريعة لا نداً لها ولا معارضاً.

٣. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم [١]:

تفيد هذه القاعدة وجوب الرجوع إلى أعراف التجار في تفسير العقود والمعاملات التي تجري بينهم، بحيث يصبح العرف جزءاً من الاتفاق ما لم يتفق أطراف العقد على خلافه، ولذا لو وكل أحد التجار آخر في بيع سلعته، وكانت العادة البيع بالنقد أو بالنسيئة (الأجل)، فباع الوكيل جاز له ذلك، لأنه بتوكيله وعدم نصه على شيء مخالف قد رضي بالتعامل وفق ما هو سائد من عرف.

ويلاحظ أن العرف يقوم في ذلك بدور تفسيري لنية طرفي التعاقد. ولو جرى العرف على أن ضمان العيب على الصانع، لا على التاجر الذي يبيع السلعة، كما هو الحال في بيع الثلاجات الآن، فإن المشتري يكلف بالرجوع إلى الصانع لإصلاح العيوب المتفق على إصلاحها، وذلك ما لم يجر الاتفاق على خلافه، وبهذا يفيد العرف في تفسير نوايا أطراف التعاقد، والكشف عن نواياهام المفترضة ، حيث يفترض رضاه بهذه الأعراف ولو لم يكن ملماً بها.

---

(١) المادة ٤٤ من مجلة الأحكام العدلية.

٤- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان [١] :

لا يخفى أن الأحكام التعبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف، لأن مبناها النص، أما الأحكام المعللة فترجع إلى معان معقولة ومصالح وعلل، وهى مشروعة لتحقيق مصالح ومقاصد معينة، ولذا فإن الحكم يختلف بالنظر إلى المصلحة المقصودة.

يتضح ذلك بالنظر إلى أن الطلقات الثلاث بلفظ واحد كانت تعد طلاقاً واحداً على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدر خلافة عمر، والمصلحة المقصودة هى إعطاء المطلِّق الخيار بين الإمساك بالمعروف برد الزوجة فى فترة العدة وبين التسريح بإحسان وتركها حتى تنقضى العدة فتبين منه. غير أن الأزواج أكثروا فى عهد عمر من التطليق الثلاث بلفظ واحد فرأى عمر إمضاء الثلاث ثلاثاً لعدم التزام الأزواج فى طلاقهم بهذه المصلحة، وزجراً لهم عن مخالفتها، ووافق سائر الصحابة ورؤساء المذاهب على هذا الرأى. غير أن احتساب الثلاث ثلاثاً قد أدى فيما بعد إلى شيوع ظاهرة المحلل، وهى خطر اجتماعى فادح، فنظر ابن تيمية إلى اجتهاد عمر على أنه لا يحقق المصلحة المقصودة منه ويؤدى إلى مفسدة بالغة، فرجع إلى المناداة باحتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وهو ما أخذت به القوانين الحديثة المعمول بها فى البلاد الإسلامية.

وكذا فإن الرسول ﷺ قد نهى عن تلقى الركبان، فإن التجار كانوا يبادرون إلى مقابلة صغار المنتجين للأصواف والتمور والحبوب والبقول ممن يعيشون فى البادية، ويشترون منهم بضاعتهم قبل دخول السوق. ويرتبط فهمنا للنهى عن تلقى الركبان بتحديد المصلحة المقصودة من هذا النهى، فإننا إذا حملنا هذا النهى على أن المقصود منه هو حماية مصالح المنتجين الذين لا يعلمون شيئاً عن سعر

(١) المادة ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية .

لسوق، ووجوب تمكينهم من بيع ما ينتجونه بسعر عادل، فإن لنا أن نستنبط من ذلك إباحة تلقى الركبان خارج حدود السوق إذا علم هؤلاء الركبان سعر السوق. أما إذا حملنا هذا النهى على أن القصد منه هو حماية مصالح المستهلكين، بناء على أن التجار بمقابلتهم للركبان خارج السوق سوف يتحكمون فى السلع المعروضة، ويقل العرض فى مواجهة الطلب، فترتفع الأسعار، مما يؤدى إلى الإضرار بالمستهلكين. وطبقاً لذلك فإنه يمكن أن نستنبط أنه إذا زاد العرض عن الطلب جاز تلقى الركبان. وهذا هو الذى استنبطه الإمام مالك فى فتواه بجواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع فى الأسواق لانتفاء المفسدة التى قصد النص إلى دفعها، ولا يوافقه على هذا الرأى أولئك الذين فهموا أن النص يقصد إلى حماية مصلحة المنتجين فى الحصول على سعر عادل لسلعهم حتى يستمر إنتاجهم.

مجال عمل العرف:

يعمل العرف فى عدد من المجالات، من بينها:

١ـ تفسير الشروط فى العقود والاتفاقات، بحيث تحمل الألفاظ المستخدمة فى هذه العقود على معانيها العرفية، فلو حدد الثمن بالجنيه انصرف إلى الجنيه المصرى، لأنه هو الغالب فى عرف الاستعمال، وكذا لو أوصى بإطعام الفقراء والمساكين انصرف تحديد كلامه إلى ما يفيده فى العرف اللغوى العام.

٢ـ تحديد المقصود من التصرف وحمله على ما يفهم منه فى العرف. ولذا لو دفع شيئاً لأحد يصلحه، وكان الإصلاح لمثل هذا الشئ حرفة له، فإنه يأخذ أجره على الإصلاح، ولو دفع الأب لابنته شيئاً فى جهازها كثلاجة أو أثاث، ثم طالب به بعد ذلك، وقال إنما أعطيته لها على سبيل العارية، وليس هناك دليل على هذا الادعاء، فإنه لا يصدق فيما ادعاه ويحمل تصرفه على التبرع إذا كان العرف أن الآباء يجهزون بناتهم بهذه الأشياء عند الانتقال لمنزل الزوجية، أما إذا لم تكن العادة الغالبة كذلك فإنه يصدق فيما ادعاه.

٣ـ ضبط الواجبات والمعايير التى ترك الشارع ضبطها للعرف، من ذلك أن أخذ مال الغير من «الحرز» شرط لوجوب العقوبة الحدية، غير أنه لا نص فى الشرع يضبط مفهوم الحرز ، فيترك تقديره للعرف، ولذا فإن من يترك ساعته فى مكان لا تترك فيه فى العادة لا يكون واضعاً لها فى حرزها فلو سرقها أحد لم تجب بذلك العقوبة الحدية، وإنما ستجب العقوبة التعزيزية. ومن هذا القبيل أن القذف الموجب للعقوبة الحدية هو الاتهام الكاذب بالزنا بكل ما يدل على هذا الاتهام فى العرف، فإذا استخدم كلمات معينة تدل عليه فى بيئة معينة كان قاذفاً، وأما إذا كانت هذه الكلمات التى استخدمها لا تدل عليه فى بيئة الاستخدام فلا يعد مرتكباً لهذه الجريمة. ومنه كذلك تفسير ضابط السببية فى تحديد المسئولية عن الفعل، فلو ضربه ضربًا أفضى إلى الموت بما يؤدى إلى القتل فى العادة، ويتصور الناس أن مثل هذا الضرب من شأنه أن يؤدى إلى القتل كان مسئولاً عن القتل، ويعاقب بالقصاص عند الشافعية والمالكية والحنابلة حتى وإن لم تكن الآلة المستخدمة فى الضرب محددة وتمزق الجسم. وكذلك فإن ضابط الإهمال الذى يفيد الضمان مرجعه إلى العرف، حسبما تقدم.

٤ـ استظهار الحكم بإباحة التصرف المقبول فى العرف ما لم يوجد ما يغيره من النصوص الشرعية، وقد اعتمد الصحابة على مراجعتهم للأعراف التى وجدوها فى مجتمعاتهم، ولم يرفضوا منها إلا ما خالف الأصول الشرعية الثابتة بنص أو إجماع. واستمر الفقهاء على هذا المنهج فى قبول الأعراف التى لا تخالف أصلاً شرعياً، ولذا قبلوا «بيع الاستجرار» الذى يقوم على أخذ السلع التى يحتاجها المشترى من البائع، دون اتفاق على ثمن ولا تلفظ بصيغتى الإيجاب والقبول، مع دفع ثمن ما أخذه المشترى جملة واحدة فى نهاية الأسبوع أو الشهر أو موسم الحصاد أو السنة، ومنه كذلك إجازتهم بيع التعاطى، وأخذ السلعة مع دفع الثمن، دون تلفظ بإيجاب وقبول. ومنه كذلك إجازتهم العرف الخاص فى القاهرة بجواز دفع الخلو فى استئجار الحوانيت، بحيث «يصير الخلو فى الحانوت حقًا له، فلا

يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره» [1]. وكان صاحب الدكان بقبوله أخذ الخلو قد باع حقه في إخراج المستأجر وأثبته له، فيملك المستأجر الاستمرار في الإجارة وشغل الدكان، كما يملك تأجير الدكان لغيره وبيع حق الخُلُوّ له.

ومن أهم تطبيقات ذلك أنه يمكن النظر إلى القوانين المطبقة في البلاد الإسلامية الآن والمأخوذة من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية بأنها تشكل أعرافاً يمكن مراجعتها لقبول ما يلائم الأصول الشرعية ورفض ما يعارضها لإحلال نصوص أخرى موافقة لهذه الأصول محلها.

﴿ ثامناً ـ سد الذرائع ﴾

تعريفه:

الذريعة هي السبب الموصل إلى الشيء، أو الوسيلة أو الطريقة التي توصل إلى الهدف، سواء كان هذا الهدف مصلحة أو مفسدة، والذرائع في الاصطلاح هي الأسباب والوسائل الموصلة إلى المفاسد، وسد الذرائع معناه المنع من اتخاذ الأسباب والوسائل المفضية إلى المفاسد. غير أن هذه الوسائل إذا كانت محرمة في ذاتها فإنها لا تدخل في باب سد الذرائع، من ذلك أن القتل وسيلة إلى مفاسد تتعلق بانتهاك حرمة الحياة الإنسانية، وإشاعة الفتن والصراعات، وتحريم القتل ليس من باب سد الذرائع لكونه محرماً بالنص، أما إذا كانت الذريعة أو الوسيلة مباحة وغير محرمة في ذاتها، لكن بالنظر إلى مآلها وما تفضي إليه وما ينتج عنها وجدناها مفسدة، فيحكم بتحريم هذه الوسيلة أو الذريعة، منعاً للمفسدة التي تنشأ عنها.

---

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠٤.

يوضحه مما ذكره الفقهاء أن الخلوة بالأجنبية أمر لا شئ فيه فى ذاته، والقياس أن يكون مباحاً، غير أن هذه الخلوة تؤدى فى كثير من الأحيان إلى الوقوع فى الزنا، فتمتنع الخلوة بالأجنبية سداً للذريعة المفضية إلى الزنا.

ومنه كذلك النهى عن تلقى الركبان فإن شراء الحضرى من البدوى أمر مباح، غير أنه منع منه لما يؤدى إليه من مفسدة الإضرار بالمنتج أو المستهلك على التفصيل السابق.

ومن ذلك فيما يذكره الشاطبى «الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك»، وإعطاء المال للمحاربين وللكفار فى فداء الأسرى، ولمانعى الحجاج حتى يؤدوا خراجاً. كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من المعصية، ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر على الكفر أو قتل الكافر المسلم. بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو درء مفسدة يلزم عنه إضرار الغير، إلا أن ذلك كله إلغاء لجانب المفسدة، لأنها غير مقصودة للشارع» [1].

ويؤكد القرافى أن هناك قسمًا من الذرائع أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، «كحفر الآبار فى طرق المسلمين، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، وكذلك إلقاء السم فى أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله» [2].

ومن هذا القبيل نهى الشارع الدائن عن قبول الهدية من المدين إلا إذا حسبها من دينه، حتى لا يثاب على الدين فيدخل فى الربا.

الحيل الشرعية :

يعنى التحيل التذرع بوجه سائغ مشروع على إسقاط حكم شرعى تحقيقاً

(١) الموافقات ٢/٢٥٢.
(٢) الفروق ٣٢/٢.

لغرض المتحيل، وهو بهذا يستخدم الحكم الشرعى لتحقيق مقصود آخر غير ما أراده الشارع. من ذلك قيام صاحب المال بهبته لزوجته عند اقتراب وجوب زكاته حتى لا تجب عليه. وهو بهذا يستخدم الهبة التى شرعت للتبرع والمواساة وتحقيق المودة فى التوسل بها إلى تحقيق غرض آخر غير مقصود من شرعها، وهو التهرب من دفع الزكاة. ويحرم مثل هذا التحيل منعاً لما يؤدى إليه من مفسده الإضرار بالفقراء والجهات المستحقة للزكاة.

ويوضح الشاطبى وجه تحريم الحيل بأن الأحكام الشرعية قد شرعت لتحقيق مصالح معينة، وينبغى أن يوافق قصد المكلف فى إتيانه الفعل قصد الشارع فى شرعه حتى يتحقق الامتثال والطاعة.

ولذا فإن الواهب شيئاً لزوجته لا بد أن يوافق قصده فى الهبة التبرع والتودد، أما إن كان قصده من الهبة نقل ملكية أمواله لزوجته قبل وجوب الزكاة عليه تهرباً من هذا الوجوب فإنه يكون مخالفاً لقصد الشارع ويحرم عليه فعل ما فعله.

ويتضح من هذا أن الأحكام الشرعية مرتبطة بمقاصد معينة، وتتغير هذه الأحكام بتغير مقصود المكلف منها.

حجية سد الذرائع :

اتجه المالكية والحنابلة إلى الاعتراف بهذا الأصل، واعتبره ابن القيم أحد أرباع التكاليف [1]. ويستدل المثبتون لحجية هذا الأصل بالأدلة التالية:

١ـ مسلك القرآن الكريم فى النهى عما هو مباح إذا ترتبت عليه مفسدة مثل النهى عن سب الأصنام التى يعبدها الكفار إذا غلب على الظن أنهم سيسبون الله. وذلك بقوله تعالى: ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾.

---

(١) إعلام الموقعين ٣/١٢١.

٢ـ مسلك السنة النبوية الثابتة في النهي عن فعل المباح إذا كان يؤدى إلى المفسدة.

٣ـ يدل العقل كذلك على أن ما كان طريقاً للحرام أو الواجب فإنه يأخذ حكمه.

وقد خالف بعض الفقهاء فى ذلك ورأى أنه لا يعمل بالذرائع ولا يجب سدها. غير أن هذا القول النظرى يناقضه التصرف العملى، فكل الفقهاء يرجعون فى استنباطهم لهذا الأصل ويعملون به.

شروط العمل بسد الذرائع:

يشترط للعمل بهذا الأصل شرطان:

الأول: أن يكون أداء الذريعة إلى المفسدة مقطوعاً به أو كثيراً لا نادراً، لأن النادر لا حكم له، فحفر البئر في وسط الطريق العام مقطوع بوقوع الناس فيه وقتل بعضهم بهذا الوقوع. أما حفر حفرة فى جانب من الطريق فإنها تؤدى إلى هذه المفسدة وتعرض بعض الناس للقتل كثيراً، فيمنع من الحفر فى وسط الطريق أو على جانبه إلا فى الضرورة مع توخى الحذر ووضع العلامات الدالة للناس على وجود الحفر، أما حفر بئر فى صحراء فهذا لا بأس به لندرة وقوع أحد فيها.

والثانى: رجحان المفسدة فى الفعل على المصلحة حتى يمنع، أما إذا زادت المصلحة على المفسدة فلا يمنع، ولهذا لا تمتنع رشوة الظالم بالمال لمنعه من قتل مسلم، لأن الموازنة بين دفع المال للظالم للتقوى به ، وهو حرام وبين ما يترتب عليه وهو منعه من القتل يثبت أن الثانى أعظم الشرين خطراً فيحكم بدفعه بتحمل الأهون والأيسر.

ومن هذا كله يتضح أن سد الذرائع أصل من الأصول الشرعية التى يعتمد عليها الفقهاء فى استنباط الأحكام الشرعية.

﴿ تاسعا ـ الاستصحاب ﴾

تعريفه:

الاستصحاب هو طلب الصحبة والملازمة، فاستصحاب شئ يعنى ملازمته، وهو فى الاصطلاح عبارة عن ثبوت الحكم فى الزمن الحاضر لثبوته فى الماضى لعدم وجود مغير يغيره. ويدل هذا التعريف على الأمور التالية:

١ـ يتطلب الاستصحاب العلم بوجود حكم معين فى الماضى، سواء ثبت الحكم فى الماضى بالعقل أو بدليل شرعى.

٢ـ إثبات هذا الحكم فى الحاضر، فمن ثبتت ملكيته لشئ فى الماضى اعتبر مالكاً له فى الحاضر استصحاباً للحكم السابق.

٣ـ لا يعمل الاستصحاب الا بعد البحث عن المغير للحكم الثابت فى الماضى والانتهاء إلى عدم وجوده بعد هذا البحث. ولذا فإن الملكية المقطوع بوجودها فى الماضى لا تثبت فى الحاضر إلا إذا لم يوجد دليل على تغييرها. أما إذا وجد دليل على التغيير بالبيع أو الهبة أو الإقرار بالملكية للغير أو ما إلى ذلك فإن الاستصحاب لا يعمل.

ومن أمثلة الاستصحاب استمرار الحكم بحياة المفقود بعد فقده، حتى يحتفظ بنصيبه فى ميراث من مات من أقاربه إلى أن يتبين حاله من الموت أو الحياة، فإذا ظهر حياً أخذ نصيبه وإلا أعيد هذا النصيب إلى مستحقه.

وتنبنى الثقة بالاستصحاب من الناحية المنطقية على نوع من الاستقراء، فما ثبت فى الماضى يغلب على الظن ثبوته فى المستقبل، ما لم يوجد شئ يوجب التغيير، ذلك أنك تنتظر شروق الشمس فى المشرق فى الصباح بناء على تكرر شروقها فى الماضى من الاتجاه نفسه، وكذا فإنك تعتقد فى ازدحام شارع معين وكثرة السيارات فيه فى وقت معين بناء على حدوث ذلك فى الماضى، أما إذا

رأيت وجود ما يمنع دخول السيارات إلى هذا الشارع فتستنتج حدوث التغيير وقلة السيارات فى الشارع أو انعدامها.

أنواعه:

ينقسم الاستصحاب إلى نوعين:

الأول: استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية أو الإباحة، لعدم الدليل الذى يغير هذا الحكم، ومبنى هذا النوع من الاستصحاب أن الأصل فى الأشياء الإباحة، وأن الأصل فى الذمة البراءة ما لم يدل دليل على خلاف ذلك.

يوضح هذا النوع من الاستصحاب أنه إذا جرى العرف أو القانون على تصحيح معاملة من المعاملات ولم يكن فى النصوص الشرعية ولا فى الإجماع ما يعارض ذلك فإن الواجب يقتضى الحكم بصحة هذه المعاملة، وكذا لو ادعى أحد ديناً على آخر فإنه يحكم ببراءة ذمة المدعى عليه ما لم يثبت هذا الدين ببينة تثبته. وكذا لو اتهم شخص فى جريمة فإنه يحكم ببراءته ما لم يثبت ارتكابه للجريمة بالأدلة المعترف بها، ولا يحل حبسه ولا تعذيبه ولا ترويعه على أى نحو كان، فإذا ثبتت التهمة بالأدلة تغير حاله وحكم بإدانته.

أما النوع الثانى من الاستصحاب فهو استبقاء الحكم الشرعى الثابت بدليله إلى حين حدوث ما يغير هذا الحكم. ولذا فإن من توضأ يحكم بطهارته على وجه اليقين، ولا يرتفع الحكم ببقاء وضوئه بمجرد الشك فى انتقاض الوضوء، لأن الثابت بيقين لا يرتفع إلا بيقين آخر، وكذا فإن الحيازة المستقرة دليل الملك ، ولا ترتفع الملكية المتيقنة على هذا النحو بمجرد ادعاء شخص آخر ملكية الشئ المحوز، إلا إذا أثبت المدعى ملكيته لهذا الشئ بطريق من طرق الإثبات المقبولة.

---

(١) الموافقات ٣٥٢/٢.

(٢) الفروق ٣٢/٢.

حجية الاستصحاب

اختلف الأصوليون في حجية الاستصحاب إلى فريقين

الأول: أنه حجة في الدفع لا في الإثبات، وهو مذهب الأحناف، ومعناه أن الاستصحاب يعمل للحفاظ على الوضع القائم، ولا يصلح لإثبات وضع آخر، فالمفقود لا يورث وتظل أمواله على ملكه إلى أن يحكم بوفاته، ويرثه من يوجد من أقاربه عند الحكم بموته، وتبقى الزوجية قائمة إلى حين الحكم استصحاباً لحياته التي ثبتت بيقين فلا يرفعها إلا الحكم بوفاته من القاضي. غير أن مقتضى إثبات حياته على هذا النحو الذى أدى إلى استدامة الحياة الزوجية وبقاء ملكيته لأمواله أن تثبت له بعض الحقوق الأخرى كميراث من يموت من أقاربه قبل الحكم بوفاته، غير أن الأحناف لا يثبتون الحقوق بالاستصحاب. ولذا لا يرث المفقود من يموت من أقاربه أثناء فقده إلا إذا ظهر حياً، أما إذا حكم بموته فإنه لا يرث من مات من أقاربه بعد تاريخ فقده.

أما الفريق الآخر، فقد اتجه إلى أن الاستصحاب حجة فى كل من الدفع والإثبات، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة، وتطبيقاً لهذا فإن المفقود يحتفظ ببقاء ملكيته وتبقى زوجيته قائمة إلى حين الحكم بموته، ويدفع الاستصحاب تعلق أى حق للغير بذلك، ومن جهة أخرى فإن المفقود يرث من يموت من أقاربه بعد فقده وقبل الحكم بموته، وبهذا يعمل الاستصحاب حجة فى إثبات الحق كذلك، ويستند هؤلاء إلى أنه إذا منعنا تعلق حق الغير بمال المفقود للحكم بحياته فإننا سنضطر إلى إثبات حقه فى ميراث من يموت من أقاربه [1]

---

(1) راجع هذا الخلاف في تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٢ والتمهيد ٨٩ وجمع الجوامع ٢/ ٢٥ والتلويح ٢

قواعد استصحاب:

يعمل الاستصحاب فى مجال البينات ودفع الدعاوى أو إثباتها كما تقدم، وقد صاغ الفقهاء القواعد التى تضبط عمل الاستصحاب، وفيما يلى بعض هذه القواعد:

١- اليقين لا يزول بالشك [١]:

الشك هو التردد وعدم وجود مرجح لاحتمال وقوع الفعل أو عدم وقوعه. أما اليقين فهو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الفعل أو عدم وقوعه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الشخص إذا سافر وانقطعت أخباره عن أهله وكانت حياته مشكوكاً فيها، إلا أن ذلك الشك لا يزول باليقين، وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته بيقين، لكن الشخص إذا سافر بسفينة وثبت غرقها فإنه يحكم بموته وإن لم تظهر جثته، لأن موته فى هذه الظروف هو الظن الغالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين فى الأمور العملية غير الاعتقادية.

وهذه القاعدة هى أساس درء العقوبة بالشبهة طبقاً لما يفيده قوله ﷺ: «ادرأوا الحدود بالشبهات ولأن يخطئ الإمام فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة». ومعناه أن براءة المتهم قبل التهمة ثابتة بيقين فيستصحب هذا اليقين إلى أن يرد دليل يفيد قيام التهمة فى حقه وارتكابه للجريمة بيقين أو بظن غالب، وإلا انتفت التهمة فى حقه ولم يحل لأحد أن يفرض عليه عقوبة أو يضيق عليه أو يعذبه أو يهدده بعذاب.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا هلك المال فى يد الأمين فإنه لا يحكم

---

(١) المادة ٤ من مجلة الأحكام العدلية.

عليه بالضمان إلا إذا ثبت تعديه فيه، لاستصحاب أمانته والثقة فيه ما لم يتغير ذلك بدليل يثبت تعديه.

٢ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان [١]:

تفيد هذه القاعدة وجوب الحكم بدوام الوضع السابق واستمراره على حاله ما لم يرد دليل التغيير، وتعمل هذه القاعدة فى اتجاهين:

أولهما، التعرف على الحاضر من الماضى، وهذا هو المسمى «استصحاب الماضى بالحال» أو الحكم على شئ ببقائه على الحال الذى كان عليه فى الزمن السابق ما لم يقم دليل على خلافه. من ذلك إذا ثبتت ملكية محمد لمنزل معين فى الماضى وادعى أحد ملكية هذا المنزل، فإنه لا يحكم بثبوت الملكية لهذا المدعى، ونحكم بثبوتها لمحمد فى الحال الحاضر بناء على ثبوتها فى الماضى، إلا إذا وجد دليل يوجب الملكية للمدعى.

والثانى، هو التعرف على الماضى بمعرفتنا للحاضر، ولذلك فإن من تثبت ملكيته لشئ الآن يعد مثبتاً لهذه الملكية فى الماضى إلا أن يدل الدليل على خلافه، وهذا هو استصحاب الحال فى الماضى، ومعناه اعتبار حالة الشئ فى الحاضر أنها حالته كذلك فى الماضى. ولذا فإن المفقود إذا حكم القاضى بموته بعد غيبته غيبة منقطعة ارتد هذا الحكم إلى الماضى واعتبر ميتاً من وقت غيبته حتى لا يرث من مات من أقاربه أثناء هذه الغيبة.

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة «القديم يترك على قدمه» [٢]. ومفاد هذه القاعدة أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حاله الثابت له ما لم يثبت خلافه، لأن بقاء ذلك الشئ مدة طويلة دليل على أنه مستند إلى حق مشروع

---

(١) المادة الخامسة من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة السادسة من مجلة الأحكام العدلية.

فيحكم بأحقيته. ولذا فإنه لو حاز أحد أرضاً مدة طويلة حيازة مستقرة لم يصح تعرض أحد له ما لم يقم دليل يثبت تعديه في هذه الحيازة. وهذا هو معنى قول أبي يوسف في كتابه الخراج : «ليس للإمام أن يخرج شيئًا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف» [1]. وكذا لو كان لأحد نافذة قديمة تطل على جاره لم يجب عليه إغلاقها. ولو كان لشخص مسيل لصرف الماء يمر من أرض جاره، وطلب الجار إغلاقه وتحويل الصرف إلى مكان آخر لم يجب إلى طلبه.

غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل تتقيد بالقاعدة التالية.

٣- الضرر لا يكون قديماً [2] :

تفيد هذه القاعدة أن الضرر الحادث لا يحكم باستدامته وبقائه لمجرد وجوده في الماضي؛ فلو كان لشخص ميزاب على الشارع العمومي، ويلقي هذا الميزاب بمياهه في هذا الشارع، ويتضرر الناس من ذلك ويعطل انتفاعهم بالمرور في الشارع فإنه يحق منع هذا الضرر. وكذا لو أطل شخص على الطريق ببروز يضر بالناس ويؤثر في انتفاعهم به ومرورهم فيه جاز هدمه ولا يستند إلى بقائه مدة طويلة في الماضي. ومنه كذلك لو أقام أحد الناس مصنعاً في منطقة فبنى الناس فيها وتكاثروا حول المصنع وازدحمت المنطقة بهم، وأصبح وجود المصنع في هذه المنطقة يهدد الناس في حياتهم وصحتهم ويؤثر على أنشطتهم المختلفة وجب نقل المصنع من هذه المنطقة، ولا يلتفت إلى وجوده فيها مدة طويلة في الماضي، لأن الضرر لا يكون قديماً.

٤- الأصل براءة الذمة [3] :

مفاد هذه القاعدة وجوب الحكم باعتبار ذمة كل شخص بريئة أي غير

---

(١) الخراج ص ٦٥.

(٢) المادة ٧ من ملة الأحكام العدلية .

(٣) المادة ٨ من مجلة الأحكا العدلية.

مشغولة بحق آخر، ولا يثبت شغل الذمة بحق من حقوق الله أو العباد إلا بقيام الدليل على ثبوت هذا الحق.

والذمة فى اللغة بمعنى العهد والأمان، وفى الاصطلاح: وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه.

ومن تطبيقات هذه المادة أنه إذا ادعى أحد على آخر أتلاف مال من أمواله وجب على المدعى تقديم البينة على ما يدعيه، لأن ذمة المدعى عليه بريئة ولا تشغل إلا إذا ثبت شغلها بدليل، وهذا معنى قوله ﷺ : «البينة على المدعى واليمين على من أنكر». ويعرف المدعى بأنه من يطلب خلاف الظاهر وخلاف الأصل، وهذا الأصل هو أن ذمة المدعى عليه بريئة مما يطلبه المدعى.

٥- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل [١] :

تفيد هذه القاعدة ما تفيده قاعدة: «الأصل إبقاء ما كان على ما كان»، وتدل على نوعى الاستصحاب اللذين دلت عليهما هذه القاعدة، ومعناها أن الشئ الذى ثبت حصوله فى الزمن الماضى يحكم ببقائه فى الحال ما لم يوجد دليل على خلافه، والشئ الثابت فى الحال يحكم أيضاً ببقائه فى الماضى ما لم يثبت خلافه بدليل معتبر، وتوضح بعض القواعد مفهوم هذا الدليل المعتبر، من بينها:

أ- لا عبرة للتوهم [٢] :

مفاد هذه القاعدة أنه لا يثبت حكم شرعى استناداً إلى وهم عارض، ولذا يحكم بتأخير الشفعة فى حق الجار الذى طلبها انتظاراً لحضور الجار الآخر الغائب، لاحتمال أن يطلبها. وكذا لو أنشأ شخص مزرعة للنحل فى وسط أرضه

ا

---

(١) المادة ١٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة ٧٤ من مجلة الأحكام العدلية.

لبعيده عن العمران لم يحق لأحد أن يطالبه بوقف هذا النشاط لاحتمال إيذاء النحل للناس وهجرة خليته وهجومه عليهم، لأنه احتمال بعيد، ولا يلتفت إلى شهادة الصبى الذى لا يميز، لأنه لا يدرك معنى ما يقول ولا يعبأ كذلك بقول المجنون فى الشهادة والإقرارات

ب ـ لا عبرة بالظن البين خطؤه:

معنى هذه القاعدة أن الأحكام الشرعية لا تثبت بالاستناد إلى ظن تبين خطؤه فيما بعد. ولذا لو حكم القاضى فى أمر ثم ظهر له خطؤه فيما قضى به وجب عليه الرجوع عنه، ولو أفطر الصائم ظانًا غروب الشمس ثم تبين له خطؤه فى هذا الظن بطل صومه. وكذا لو ادعى شخص على آخر مالا فقال له المدعى عليه إن حلفت على أننى مدين لك بهذا المال دفعته إليك ، وحلف المدعى، فظن المدعى عليه وجوب دفعه المال له بناء على عرضه أداء اليمين وأدائه له، وأعطاه المال بالفعل، لكن تبين له فيما بعد أن المدعى يكلف بإثبات الدعوى بالبينة المثبتة للحق فإنه يجوز له أن يطالب هذا االمدعى، بأداء ما دفعه إليه ولا يثبت دين هذا المدعى إلا بإقامة البينة.

ومن هذا كله يتضح ثراء قاعدة الاستصحاب ودخولها فى مجالات عديدة من مجالات التفكير الفقهى

﴿ القسم الثالث ﴾

تفسير النصوص ودلالات الألفاظ

تقديم:

عنى علماء أصول الفقه باستخلاص القواعد التى تحكم عمل الفقيه فى فهم النصوص الشرعية وأفردوها بقسم كبير فى مؤلفاتهم الأصولية. وترجع عنايتهم هذه إلى أن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية هى مصدر الأحكام الشرعية، ويحتاج الفقيه إلى فهم هذه النصوص فهماً صحيحاً يكشف عن معناها ويوضح ما قد يعتريها من خفاء ويزيل ما قد يظهر من تعارض فيما بينها. وتتفق قواعد تفسير النصوص الشرعية مع قواعد تفسير النصوص الأخرى فى أن الهدف منها هو معرفة مرادها والمقصود بها، ولذا يفتقر الفقيه إلى معرفة معانى الكلمات وأساليب التركيب وطرق التعبير الخاصة بلغة هذه النصوص. غير أن الأصولى لا يتناول بالبحث والتنقيب القواعد اللغوية العامة ويترك بحث ما له طابع لغوى عام إلى العلوم اللغوية المختلفة، كالمعاجم والنحو والصرف والبلاغة؛ ولا يبحث إلا ما له اختصاص بأسلوب الشارع فى التعبير عن الأحكام الشرعية، مما لا يستغنى عنه الفقيه فى التعرف على هذه الأحكام وفهمها.

وقد عاب الشاطبى على بعض الأصوليين الاستطراد إلى تناول بعض القواعد التى تدخل فى عمل اللغوى أكثر من دخولها فى عمل الأصولى، مثل دلالات الحروف (من - إلى - حتى - اللازم)، وتحديد معانيها، وتكمن قيمة ملاحظة الشاطبى هذه فى ضرورة وعى الأصولى بطبيعة عمله فى النظر إلى القواعد الخاصة بتفسير النصوص الشرعية دون استطراد إلى بحث القواعد اللغوية [illegible] التى يحتاج إليها الفقيه يقيناً فى فهم النصوص الشرعية. ولكنها لطبيعتها

اللغوية العامة قد دخلت فى العلوم اللغوية المتخصصة فى بحث هذه القواعد. وعلى سبيل المثال فإن معرفة الفاعل والمفعول والفرق بينهما من حيث المعنى أمر لا غنى عنه فى فهم النص الشرعى أو أى نص آخر، وإن لم يدخل ذلك فى عمل الأصولى.

وعلى الرغم من هذا العمق الذى تتسم به المعالجة الأصولية لهذه القواعد المتعلقة بتفسير النصوص فيغلب الإحساس بتعقد تناولها فى كتب الأصول المألوفة حتى ليصعب على القارئ غير المتخصص استخلاص منهج شامل وعملى يستخدمه فى تفسير النصوص الشرعية ويعينه على الاقتراب من هذه النصوص. ويبدو لى أن قد نشأ التناول الأصولى لمباحث دلالات الألفاظ للأسباب التالية :

١ـ التركيز على المسائل الخلافية بين الأحناف والمتكلمين، كقضايا العموم والخصوص وحجية العام ومفهوم التخصيص وعموم المشترك والمجاز والمفهوم وما إلى ذلك من قضايا شتتت الانتباه إلى القواعد التى تشكل المنهج الكامل الشامل فى تفسير النصوص.

٢ـ الاستطراد إلى بعض الأمور اللغوية العامة كدلالات الحروف.

٣ـ تباع الأسلوب الجدلى فى الانتصار للرأى وسرد حجج المخالفين والرد عليها، وهو الأسلوب الذى يشيع فى الكتابات الأصولية وينقلنا إلى أجواء المناظرات التى كانت تدور بين العلماء، حتى لكأننا فى مسرح حقيقى نسمع فيه الرأى والرأى المخالف وحجة كل فريق.

وسأحاول تجنب هذا كله وأخذ النفس بالتركيز على القواعد اللغوية المفيدة من الوجهة العملية فى تفسير النصوص الشرعية فى إطار منهج شامل كان فى ذهن الفقهاء والأصوليين وإن لم يتناولوه فى مؤلفاتهم الأصولية بقدر كاف من الوضوح.

وينبغى أن نضع فى اعتبارنا هاتين الحقيقتين:

الأولى، تقدم الأصوليين المسلمين وتفوقهم على غيرهم فى تحديد قواعد تفسير النصوص.

الثانية، أهمية هذه القواعد التى صاغها هؤلاء الأصوليون فى تفسير النصوص الشرعية والقانونية بوجه عام، ذلك أن القواعد والضوابط التى قررها هؤلاء العلماء فى دلالة العام وعلاقته بالخاص وفى صرف اللفظ إلى الحقيقة أو المجاز وفى دلالة الأمر والنهى والمطلق والمقيد تفيد فى فهم معانى النصوص الشرعية مثلما تفيد فى فهم النصوص القانونية، ولا غنى لطالب الفقه أو القانون عن استيعاب هذه القواعد ومدارستها حتى يتسنى له التصدى للنصوص القانونية لتفسيرها واستنباط معانيها.

ويكشف عن أهمية هذه القواعد اشتمال برامج التدريس للقانون الإنجليزى فى الكليات المختلفة على مقرر دراسى كامل فى تفسير النصوص، وقد صدر فى إنجلترا قانون تفسير النصوص عام ١٩٨٩ Interpretation Act متضمناً تحديد معانى عدد من التعبيرات التشريعية، كما صدر قانون آخر عام ١٩٢٥ بعنوان معيار التفسير Interpretation Measure لإضافة عدد من المفاهيم ولتحديد معانى بعض العبارات التى رئى النص عليها. ولعل فى هذا ما يؤكد أهمية الالتفات إلى قواعد تفسير قواعد النصوص التى سبق الأصوليون إلى تحديدها ووضعها، وإلى أن لهذه الأهمية أسبابها النظرية ووظائفها العملية كذلك.

«الأصل فى الكلام الحقيقة، إلا إذا تعذرت فيصار إلى المجاز».

تفيد هذه القاعدة الأساسية فى تفسير النصوص الشرعية وفى تفسير النصوص القانونية بوجه العموم أن الألفاظ والعبارات المستخدمة فى النص يجرى تفسيرها بالنظر إلى معانيها الحقيقية literal Construction ولايجرى حملها على معانيها المجازية إلا إذا وجب صرفها لذلك بقرينة تدل على هذه المعانى المجازية.

يوضحه أن قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ يفيد أن من أتلف مالا لغيره كثوب أو قمح فإن عليه أن يرد مثله، ولا يجب عليه رد قيمته، لأن حقيقة المثلية متعينة فى الصورة والمعنى، ولا يمنع منها مانع، فتحمل إرادة الشارع عليه، ولا تحمل على إيجاب المثلية المجازية وهى القيمة إلا إذا لم يكن حملها على المعنى الحقيقى ممكناً، كما إذا كان الشئ التالف لا مثل له، فمن أتلف حصاناً لغيره وجب عليه التعويض بدفع القيمة، لأن الحيوانات ليست من المثليات وإنما هى من القيميات.

ومقتضى حمل الكلام على الحقيقة أن معنى قوله ﷺ: «فى كل أربعين شاة شاة» وجوب إخراج عين الشاة فى الزكاة على كل من ملك أربعين شاة، لأن هذا هو حقيقة الشاة المأمور بإخراجها، وهذا ما ذهب إليه الشافعية. غير أن الأحناف أخذوا بأنه يجوز إخراج الشاة أو قيمتها لأن القيمة بدل العين، وإنما صرف الأحناف اللفظ عن إرادة الحقيقة وحدها بالرجوع إلى فهمهم لمقصود الشارع من شرع الحكم، فإنه لما شرعت الزكاة لإرفاق المحتاجين ومواساتهم فى أموال الأغنياء اندفعت الحاجة والمواساة بإرادة الحقيقة وإخراج عين الشاة أو بإرادة المجاز وإخراج بدل الشاة وهو القيمة.

ومنه قوله تعالى فى ميراث الأم : ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾، إذ يفيد ذلك تحديد حق الأم فى ميراث ابنها الذى لم يخلف ولداً عند اجتماعها مع الأب بالثلث، والثلث فى حقيقته هو ثلث التركة كلها. غير أن الصحابة قد صرفوا المقصود بالثلث إلى معنى مجازى، وهو ثلث الباقى من التركة بعد نصيب أحد الزوجين إذا اجتمع أيهما فى الميراث مع الأم والأب. وإنما صرفوا الثلث إلى هذا المعنى حتى لا يزيد نصيب الأم عن نصيب الأب فى حال وجود الزوج أو يقارب نصيبها نصيبه فى حال وجود الزوجة. وإنما اضطر فقهاء السنة لذلك تطبيقاً لقاعدة تضعيف نصيب الذكر بالنسبة للأنثى المتفق معها فى الجهة والدرجة. أما الشيعة الذين لا يحفلون بطرد هذه القاعدة فلم يصرفوا اللفظ عن حقيقته، وأبقوا للأم حقها فى ثلث التركة إذا اجتمعت مع الأب وأحد الزوجين.

أما قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فلا يصح تفسيره بحمله على معناه الحقيقى، لأنه يؤول إلى نفى وقوع الضرر، وهو مخالف للواقع المشاهد، فيفسر لهذا بحمله على معناه المجازى ويكون المقصود منه وجوب جبر الضرر والتعويض عنه ومنع بقائه على حاله دون رفع له إذا تسبب شخص فى إيقاعه بغيره.

ولا يغيب عن البال أن صرف الألفاظ إلى معانيها الحقيقية أو المجازية كان من أسباب الخلاف بين هؤلاء الذين أرادوا الاقتصار على المعانى الظاهرة «الحرفية» للنص وبين هؤلاء الذين اعتبروا أنفسهم مسئولين فى المقام الأول عن التحقق من قصد المشرع لإعمال هذا القصد، بناء على أن النصوص التشريعية خاطبت الناس وأوجبت عليهم العمل بها لتحقيق مصالح معينة، وتلزم معرفة هذه المصالح لإدراك معنى النص. أما الوقوف عند التفسير الحرفى للكلمات وحصر الذهن فى الوقوف على المدلولات اللغوية العادية فهو منهج لا يحقق مقصود الشارع ويضع الفقيه والقاضى فى موقف العاجز عن تحقيق هذا المقصود فى

الواقع. وقد وجد أتباع هذا المنهج منذ عصر النبوة وطبقوه على نحو أثار تبسم الرسول من فعلهم فيما يدل على رضاه به وموافقته عليه، إذ أنه ﷺ قد وجه أصحابه إلى قتال بنى قريظة، وقال لهم: «لا يصلين أحدكم العصر إلا فى بنى قريظة»، فأدركتهم صلاة العصر فى الطريق فصلاها بعضهم، بناء على أن الغرض من النهى هو الحث على التعجيل بالذهاب، على حين امتنع آخرون عن أداء الصلاة إلا بعد وصولهم إلى مساكن بنى قريظة بالفعل. وقد وقف هؤلاء فى تفسيرهم للنهى «لا يصلين» عند معناه اللغوى المألوف المتبادر للذهن، وفهموه على حقيقته، على حين صرف الآخرون هذا النهى إلى معناه المجازى لإعمال مقصود الشارع، ففهموه على أنه يعنى عدم الانشغال بأى شئ يعطل عن الذهاب إلى بنى قريظة.

وقد استمر أتباع هذا المنهج الحرفى فى تفسير النصوص لدى أتباع المذهب الظاهرى، ويهاجم ابن حزم أتباع المنهج الآخر الذى يصرف الألفاظ والعبارات عن معانيها الحقيقية إلى معانيها المجازية لإعمال مقصود الشارع، ويصفهم بأنهم يتجاوزون حدودهم فى التفسير إلى التشريع وسن أحكام من عندهم لا تتسع لها النصوص. وهذه هى مشكلة أتباع المنهج الحرفى أو الظاهرى، حيث إنهم يعتقدون أنهم يتقيدون بالنصوص على الرغم من أنهم يتعدون عن تطبيقها بتجاهلهم للمقصود منها. يكشف عن ذلك أن قصر التحريم للربا على الأصناف الستة (الذهب ـ الفضة ـ القمح ـ الشعير ـ التمر ـ الملح)، قد أنشأ مفارقة لا يقبلها الحس السليم، إذ يمتنع طبقاً لهذا اقتراض مائة إردب من الشعير لردها مائه وعشرة فيما بعد، على حين يجوز أخذ مائة إردب من الأرز لردها مائة وعشرين فيما بعد، وطبقاً لهذا المنهج فإن الزكاة لن تجب إلا فى الأصناف المنصوص عليها، أما الأغنياء من أصحاب الأموال التى لا نص على وجوب الزكاة فيها فلا يجب عليهم إخراج شئ منها.

وقد سيطر التفسير الحرفى للنصوص فى القانون الإنجليزى حتى القرن الحالى، حيث بدأ الاتجاه إلى أخذ نية المشرع والمقصود من التشريع والظروف الاجتماعية وأنواع المظالم التى صدر التشريع لرفعها، ولا شك فى أن التضحية بالمعانى المتبادرة وصرف الكلمات إلى مدلولاتها المجازية لإعمال المقصود من القوانين هو المنهج الأولى بالتقدير والاعتبار فى أحوال كثيرة لأنه هو الذى يمد النصوص بالقوة الدافعة لتحقيق العدالة والمصلحة المقصودة منها.

وتوضيحًا لعمل هذه القاعدة الأساسية يلزم التعرض لبيان معنى كل من الحقيقة والمجاز وأقسامهما وأحكامهما فيما يلى :

مفهوم الحقيقة والمجاز :

الحقيقة هى استعمال اللفظ فى المعنى الموضوع له (أو المتواضع عليه) والمجاز هو استعمال اللفظ فى غير هذا المعنى الموضوع له (أو المتواضع عليه).

يفسر هذا التعريف التعرض لقضية شغلت الأصوليين وشوشت عليهم، وهى قضية أصل الوضع اللغوى وكيفية نشأة اللغة ودلالة الألفاظ على معانيها. فذهب كثير من هؤلاء الأصوليين إلى أن واضع الألفاظ بإزاء المعانى هو الله عز وجل، ويستدلون لهذا بما جاء فى القرآن من أن الله هو الذى علم آدم الأسماء كلها، ولا يوافق بعض الأصوليين وبعض علماء اللغة على هذا المذهب، ويرون نشأة اللغة بالمواضعة لا بالوضع، أى باتفاق الناس واصطلاحهم عليها مع تدرجهم فى هذه المواضعة واختلافهم باختلاف أجناسهم، ويفسر هؤلاء قوله تعالى: ﴿وعلم آدم الأسماء كلها﴾ بأنه هيأ له أسباب النطق ومعرفته وزوده بالقدرة على استخراج الألفاظ وربطها بمعانيها.

ويعتقد الغزالى أنه لا سبيل إلى اليقين فى التعرف على نشأة اللغة وما إذا كانت بوضع الله أو بمواضعة الناس، ولذا فإن الخوض فيه فضول لا أصل

له [1]. ورغم هذا الذى فطن إليه الغزالى فقد شكل تحديد نشأة اللغة والخلاف فى كونها موضوعة أو متواضعاً عليها أساساً مهما للغاية فى التناول الأصولى لقضايا دلالات الألفاظ.

وفى ضوء هذا كله فإن الحقيقة هى استعمال اللفظ فى هذا المعنى الذى وضعت له الكلمة فى الأصل وتطابق الاستعمال مع هذا المعنى الأصلى التاريخى الذى نشأ بوضع الله أو بمواضعة الناس. غير أن التعرف على هذا الأصل التاريخى ليس ميسوراً فى جميع الأحوال، ولا يمكن الاستدلال عليه والتيقن منه، ولذا اتجه البعض إلى تعريف الحقيقة بأنها استعمال اللفظ فى المعنى المتبادر منه فى الذهن. غير أن هذا التبادر ليس معياراً منضبطاً ، لأن ما قد يتبادر للذهن يختلف باختلاف الأشخاص. ويمكن الخروج من هذا كله بتعريف الحقيقة أولاً عن طريق معرفة أقسامها للدخول بعد ذلك فى تعريف المجاز.

أقسام الحقيقة :

تنقسم الحقيقة إلى الأقسام التالية:

١- الحقيقة اللغوية :

وهى اللفظ المستعمل فى معناه المعجمى، وذلك كاستعمال لفظ الدابة فى كل ما يدب على وجه الأرض، والصلاة فى الدعاء، والمصلحة فى المنفعة ، والقصاص فى المساواة، والزكاة فى النماء.

ويتيسر تحديد الحقيقة اللغوية على هذا النحو بالرجوع إلى المعاجم ومعرفة المطابقة بين استعمال اللفظ ومعناه المحدد له فى معاجم اللغة.

أما التعريف الأصولى للحقيقة اللغوية بأنها استعمال اللفظ فى المعنى

---

(١) المستصفى ٣٢٠/١.

التاريخى الموضوع له بوضع الله أو باتفاق الجماعة فيرد عليه ما تقدم من صعوبة توثيق هذا المعنى التاريخى والاهتداء إليه بقدر معقول من اليقين.

٢ـ الحقيقة العرفية :

وهى اللفظ المستعمل فى معناه المتواضع عليه عند جماعة معينة، وذلك كلفظ الجنيه فإنه يستخدم عنواناً على عملة معينة فى مصر وأخرى فى إنجلترا، وكلفظ الدينار فى الكويت الذى يختلف معناه عنه فى البحرين، وكلفظ الدابة التى أصبحت تطلق فى العرف على ذوات الأربع، وتفارق الحقيقة العرفية بهذا الحقيقة اللغوية التى يحددها المعنى المعجمى، وإنما هذا الافتراق لدواعى الاستجابة لحاجة المجتمع إلى التعبير عما يريده من مشاعر ومعان تتطور على الدوام.

٣ـ الحقيقة الشرعية :

وهى استعمال اللفظ فى المعنى المحدد له عن طريق الشرع. من ذلك استخدام لفظ الصلاة فى العبادة المعروفة، والزكاة فى الفريضة المالية، والسرقة فى أخذ المال على سبيل الاستسرار والخفية، والخمر فى الشراب المتخذ من العنب والتمر إذا غلا واشتد ، والوضوء فى الطهارة المعروفة.

والحكم الذى يترتب على هذا التقسيم هو ما تفيده القاعدة الأصولية القاضية بوجوب حمل اللفظ على معناه الشرعى أولاً فإن لم يوجد له تحديد شرعى حمل على معناه العرفى وإلا فإنه يحمل على مدلوله اللغوى.

وتوضيحاً لذلك فإن الصلاة المأمور بإقامتها فى نصوص القرآن والسنة هى الصلاة بمعناها الشرعى المحدد لها، وكذا الزكاة والزواج والطلاق والربا والميراث والوصية، بناء على أن هذه الألفاظ قد ورد فى نصوص الشرع تحديد معانيها. غير أنه يرجع فى الألفاظ التى لم تحدد النصوص معانيها إلى مدلولاتها العرفية، ولذا فإننا نفهم معنى الإهمال الموجب للضمان بالرجوع إلى مفهومه فى العرف. ولذا

لو قاد سيارته بسرعة ٨٠ كيلو متر فى الساعة فى الطريق السريع لم يعد مهملاً فى قيادته ، لكنه لو قاد سيارته بهذه السرعة فى داخل المدينة اعتبر مهملاً، ولو حفظ الوديعة بمثل ما يحفظ الناس أموالهم لم يعد مهملاً، ولو خالف كان مهملاً. وكذا الأمر فى تحديد مفهوم «الحرز» المشترط فى أخذ السارق المال منه لوجوب العقوبة الحدية.

أما إذا لم يوجد تحديد شرعى ولا عرفى للفظ المطلوب تفسيره فإننا نرجع إلى اللغة لتحديد معناه. ولذا فإن الرشد فى قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾، ينصرف إلى معنى حسن التصرف فى الأموال، والدخول فى المعاملات، وفهم مقصود الناس منها، لأن هذا هو معنى الرشد فى اللغة. وكذا فإن العدل المطلوب لإباحة الزواج بأكثر من واحدة يتضمن فى حده الأدنى القدرة على الوفاء بحقوق الزوجة والأولاد فى النفقة والتعليم والسكن وغير ذلك، لأن العدل لا يتصور أن يتحقق معناه اللغوى مع العجز عن الوفاء بهذه الحدود الدنيا، وهذا هو العدل فى قوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا﴾.

ولا أعتقد وجود خلاف بين المذاهب المختلفة فى هذا على الرغم من وضع الزنجانى الشافعى الأمر وضعاً مختلفاً وتصويره حدوث خلاف بين الأحناف والشافعية فى تقديم المعنى اللغوى على المعنى الشرعى، إذ يؤكد الزنجانى أن المذهب الشافعى يقدم المعنى الشرعى على حين أن المذهب الحنفى يقدم المعنى اللغوى، وعبارته فى هذا [1].

«إذا دار اللفظ بين معناه الشرعى ومعناه اللغوى ترجح حمله على المعنى الشرعى دون الوضع اللغوى عندنا، وذهب أصحاب أبى حنيفة رضي الله عنه إلى أنه يترجح حمله على الوضع اللغوى، ويتفرع على هذا الأصل مسائل، منها:

---

(١) تخريج الفروع علي الأصول للزنجاني، ص ٢٧٢.

١ـ الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة عندنا، وعندهم يوجبها، ومدار نظر الفريقين على تفسير اسم النكاح فى قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾.

يقول أبو حنيفة : معناه الوطء، لأنه مأخوذ من الضم والجمع. قال تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ يعنى الوطء ، وحيث ورد النكاح فى الشرع بمعنى العقد فلأجل أنه سبب للوطء فعبر بالسبب عن المسبب، وقال الشافعى رضي الله عنه معناه العقد، لأنه لم يرد فى الشرع مطلقاً إلا وأريد به العقد.

وهكذا يصور الزنجانى اتجاه الأحناف إل تغليب المعنى اللغوى على المعنى الشرعى عند اجتماعهما فى اللفظ الواحد، بخلاف مذهب الشافعية فى الاتجاه إلى تغليب إرادة المعنى الشرعى.

ويفسر الزنجانى مذهب الأحناف فى تحريم زواج الابن ممن يزنى بها أبوه، بناء على أنهم يفسرون قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ بما يشمل كلا من الوطء والزواج. أما الشافعية فيحملون قوله تعالى فى هذا على تحريم الزواج بزوجة الأب، أما مجرد الوطء فلا يصلح عندهم لتحريم المزنى بها على ابن من زنا بها. وكذا فإن المحرم لا يحل له أن يعقد عقد الزواج لنفسه ولا لغيره أثناء إحرامه صرفاً لمعنى الحديث المذكور على العقد، وهو المعنى الذى أرادته النصوص الشرعية من لفظ النكاح فيحمل عليه، بخلاف الأحناف الذين فسروا لفظ «ينكح» فى الحديث بمعنى الوطء والعشرة الزوجية.

غير أن الذى يرد هذا التفريق بين الأحناف والشافعية فى حمل اللفظ على معناه الشرعى أولاً ثم على معناه اللغوى إن تعذر صرفه إلى المعنى الشرعى أن الأحناف فى هذين المثالين قد انتهوا إلى إعمال المعنى اللغوى لقرائن أخرى أوجبته [1].

---

(١) فتح القدير والعناية مع الهداية ٢٦٥/٣، ونيل الأوطار ١٥/٥، والمغني لابن قدامة ٣٣٢/٣.

متى يصار إلى المجاز:

القاعدة التى وردت فى المادة ٦١ من مجلة الأحكام العدلية أنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز. ومفاد هذه القاعدة أنه إذا لم يمكن حمل اللفظ على إرادة الحقيقة الشرعية أو العرفية أو اللغوية، وتعذر ذلك لوجود قرينة من القرائن الصارفة عن إرادة الحقيقة بأنواعها الثلاثة المذكورة صرف اللفظ أو الكلام إلى إرادة المعنى المجازى

ولذا فإن قوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» لا يعنى نفى حدوث الضرر فى الواقع ، لأن المشاهد حدوث الضرر وتكرر وقوعه، فينتفى حمل اللفظ على معناه الحقيقى ويصرف إلى معناه المجازى اللازم له، وهو أن الضرر لا يترك دون تعويض عنه ويلزم المتسبب فيه أن يتحمل نتيجة فعله حتى لا يترك المتضرر يعانى الضرر الواقع عليه.

وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾ تفيد أن الصدقة تطهر المتصدق، ولا تحمل هذه الطهارة على معناها الحسى الحقيقى وإنما تحمل على معناها المجازى، ويكون المقصود بها أن المتصدق ترقى نفسه وتحسن أخلاقه بالبذل ومعاونة غيره وقيامه بواجبه فى هذا . وإنما لم تحمل الطهارة على المعنى الحقيقى، وهو النظافة المادية لتعذر ذلك فى العقل.

ويحمل نفى الصلاة الوارد فى قوله ﷺ : «لا صلاة إلا بطهور» على نفى الصحة لا على نفى الوجود، ومعناه أن الصلاة بغير الطهور لا تقع صحيحة.

وقوله ﷺ : «لا نكاح إلا بولى» مقصود به نفى الصحة عند من يشترط الولى لصحة النكاح، أما من لم يشترطوا الولى لصحة النكاح فقد حملوا النفى على التمام، وعليه فإن أصل النكاح قائم وصحيح وإن لم يكن تاماً مستجمعاً لشروط الفضل والكمال.

ولا يحمل معنى اللفظ على المجاز إلا بوجود القرينة الدالة على امتناع إرادة المعنى الحقيقى.

أنواع القرائن:

تتنوع القرائن الصارفة عن إرادة المعنى الحقيقى إلى الأنواع التالية:

١- **قرينة حسية**: كأن يقول فلان ابنى ولا يسمح فرق السن بينهما بأن يكون هذا إقراراً بالبنوة، فإنه يصرف إلى معناه المجازى من البر والمودة ، لأن الحس يمنع انصراف هذا القول إلى اعتراف بالبنوة.

٢- **قرينة عقلية** : بأن يمتنع فى العقل إرادة المعنى الحقيقى، وذلك كقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا﴾، فإن معناه لا تتعاملوا به، ولا يحمل على الأكل الحقيقى لأن أخطر صور الربا تجرى فى غير ما يؤكل. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً﴾ محمول على إساءة التصرف فى أموال اليتامى، وليس مجرد أكل هذه الأموال.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم﴾، فإن الأكل محمول هنا على الأخذ أو التصرف بغير حق. والقرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقى قرينة عقلية، فإن الذى يستقر فى الذهن أن التعامل الفاسد فى المال هو المحرم فى هذه الآية.

٣- **قرينة شرعية**:

من ذلك أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى متابعة القضية ودفع حجج الخصم أمام القضاء، ولا يحمل هذا التوكيل على المخاصمة بالإيذاء أو المضارة مما تفيده كلمة الخصومة فى معناها اللغوى.

ومن ذلك أنه لو اتفقا على الكفالة بشرط براءة ذمة الأصيل حمل الاتفاق على الحوالة، لأن اشتراط براءة ذمة الكفيل ينقل الاتفاق إلى أن يكون من قبيل الحوالة، وكأنه قد أرادها لأن هذا هو ما تفيده في الشرع.

ويحمله قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات» على معناه المجازي، إذ من المقطوع به أن العمل يوجد بلا نية، ولذا فإن الذي يثبت بالنية هو الثواب في الآخرة أو الصحة في الدنيا، ويصير معنى الحديث بهذا، إنما ثواب العمل أو صحته مفتقر إلى النية.

الجمع بين الحقيقة والمجاز (قضية عموم المجاز) :

إذا كان للفظ معنى حقيقي وآخر مجازي فإنه لا يحمل على إرادتهما معاً في استعمال واحد، لأن استعماله في المعنى الحقيقي يستلزم عدم وجود القرينة الصارفة عن إرادة المعنى المجازي، كما أن استعماله في المعنى المجازي يستلزم وجود القرينة الصارفة عن إرادة المعنى الحقيقي، ولا يمكن افتراض وجود القرينة وعدمها في آن واحد، وهذا هو مذهب الأحناف.

وطبقاً لذلك فإن قوله تعالى في آية الطهارة للصلاة : ﴿أو لامستم النساء﴾ ينصرف عندهم إلى معنى واحد هو المعاشرة الزوجية. أما مجرد لمس المرأة فلا ينقض الوضوء، وكذا فإن قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ ينصرف إلى الأم والبنت وحدهما، وتحمل الجدة وبنات الأبناء عليهما بأدلة أخرى.

أما الشافعية والمالكية فيجيزون الجمع في الاستعمال الواحد بين إرادة كل من المعنى الحقيقي والمجازي للفظ، ولذا فإن قوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء﴾ يفيد انتقاض الطهارة بأي من المعاشرة الزوجية أو مجرد اللمس، وكذا فإن قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ يفيد تحريم الزواج بالأم والجدة لأب أو لأم. وتدل كلمة ﴿أمهاتكم﴾ بهذا على المعنى الحقيقي والمجازي لها في آن واحد.

ويفيد (بناتكم) تحريم الزواج بالبنت الصلبية، وهذا هو معناها الحقيقى، كما تفيد تحريم الزواج ببنت الابن وبنت البنت، وهذا هو معناها المجازى وأصحاب هذا الرأى هم القائلون بعموم المجاز.

الصريح والكناية:

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز إلى صريح وكناية: فالصريح هو اللفظ الذى ظهر المراد منه ظهوراً بيناً، حقيقة كان أو مجازاً، أو هو ما لم يستتر المراد منه لكثرة استعماله فيه، ومن ذلك قول العاقد: بعت واشتريت، وكقولك إن فلاناً يأكل أموال الناس، فبعت واشتريت صريح فى الحقيقة. وأكل أموال الناس صريح فى إرادة المعنى المجازى، ويفهم الناس وروده فى معنى الغصب والنهب والسرقة، ويكثر استعمالهم له فى هذا المعنى.

أما الكناية فهى اللفظ الذى استتر المراد منه لقلة وروده فى المعنى الدال عليه وعدم استعماله فيه كثيراً. من ذلك أن يقول الرجل لزوجته الحقى بأهلك أو لست بزوجة لى فهذه كنايات قد تدل على انصراف نيته إلى الطلاق وقد تدل على أنه يريد منها مغادرة المنزل أو أنها لا تحسن معاملته.

وحكم الصريح يترتب عليه مباشرة دون حاجة إلى الرجوع إلى نية المتحدث به، فإذا استخدم لفظ الطلاق الصريح وقع مباشرة وترتب عليه. أما الكناية فلا يقع الطلاق بها فيما أخذ به القانون المصرى إلا بالرجوع إلى نية المتلفظ به.

﴿القاعدة الثانية﴾

قاعدة ألفاظ العموم والخصوص والاشتراك

تقديم:

تتجه القاعدة القانونية إلى مخاطبة جميع الخاضعين لأحكامها دون تمييز بينهم. ويرد التعبير عن ذلك بصيغ معينة مثل: من يفعل كذا فإن كذا سوف يحدث له، أو جميع من يفعل هذا الفعل فإنه يلقَى نتيجة كذا.

غير أن بعض القواعد ليس لها صفة العموم فى التطبيق، وإنما تتجه إلى التطبيق فى دائرة أخص من ذلك، فالمستأجر الذى يستحق الطرد من المسكن المؤجر هو الذى يلحق به سبب من أسباب إنهاء العقد كالامتناع عن دفع الإيجار. أما الذين تسرى عليهم أحكام الإجارة من حق الانتفاع بالمأجور فهم عموم المستأجرين.

ولذا فإن تحديد العموم والخصوص فى المخاطبين بالقاعدة القانونية أو الحكم الشرعى أمر لاغنى عنه عند تفسير النص والوقوف على معناه لإدراك مجال العمل بالقاعدة أو الحكم.

وتفرد مؤلفات تفسير النصوص فى الفكر القانونى الإنجليزى حيزاً لمناقشة صيغ العموم، وتحديد أساليب فهمها، وتحديد معانيها. ولذا يفرد Maxwell الفصل الثالث من كتابهThe Interpretation of Statutesلتناول ألفاظ العموم بعنوان Treatment of General Words . ويدل هذا على مدى أهمية تحديد صيغ العموم ومعرفة معانيها ودلالاتها عند التعرض لمناقشة ضوابط تفسير النصوص.

مفهوم العام :

يعرف العام بأنه اللفظ الدال على جميع أفراده على سبيل الشمول والاستغراق دون حصر فى بعض هذه الأفراد [1]. يوضحه أنك إذا قلت رجل فى الدار فإنك تنفى وجود أى رجل فى الدار. وتدل كلمة «رجل» المنفية على جميع أفراد الرجال، وتشملهم جميعاً. وكذا قوله ﷺ : «لا يرث القاتل» يفيد أن أى قاتل لا يستحق الميراث، ومنه قوله تعالى: ﴿واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾، إذ يدل ذلك على أن عدة المطلقة التى لا تأتيها الدورة الشهرية ثلاثة أشهر، ويصدق ذلك على كل مطلقة يئست من مجىء الدورة الشهرية، ولا يختص ببعضهن دون البعض الآخر. ولهذا فإن لفظ (اللائى) فى الآية من ألفاظ العموم لأنه يدل على جميع أفراده على سبيل الاستغراق والشمول.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾، ومعناه أن من يقتل مؤمناً على سبيل الخطأ فعليه كفارة القتل الخطأ، وهى تحرير رقبة مؤمنة، ولأهله الدية، ولا يختص هذا بقاتل دون آخر، بل يشمل جميع أفراد القتلة على سبيل الخطأ ويستغرقهم جميعاً، وبهذا فإن لفظ «من» من ألفاظ العموم وتستوعب جميع الأفراد مرة واحدة.

بين العام والمطلق:

العام يدل على جميع أفراده دفعة واحدة، فقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾ ينصرف إلى جميع المطلقات، ويدل على أن لكل واحدة منهن المتعة التى تعد نوعاً من التعويض المالى، فلفظ المطلقات يفيد العموم. أما المطلق فلا يدل على جميع الأفراد التى يدل عليها اللفظ، وينصرف إلى فرد

---

(1) أصول السرخسي ١٢٥/١، وكشف الأسرار ٣٣/١، وتيسير التحرير ١٩٠/١.

شائع أو أفراد شائعة فى جنسه. من ذلك أن تقول: قابلت رجالاً أو رجلاً فى الطريق، فلا يعنى هذا أنك قابلت جميع الرجال، وإنما يفيد مقابلتك لرجل واحد أو بضعة رجال.

وهذا هو معنى القاعدة القاضية بأن «عموم العام شمولى وعموم المطلق بدلى»، والفرق بين الشمولى والبدلى أن الشمولى يستغرق جميع الأفراد دفعة واحدة، على حين أن البدلى ينصرف إلى هذا الفرد أو ذاك من بين الأفراد الذين يشملهم اللفظ المطلق، ففى المثال نفسه: قابلت رجلاً فى الطريق، دلالة على أنك قابلت فرداً واحداً من بين الأفراد الذين يصدق عليهم لفظ الرجل.

ألفاظ العموم:

للعموم ألفاظ كثيرة تدل عليه، من بينها:

١ـ كل وجميع، من ذلك قوله تعالى: ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾ فى الدلالة على مسئولية كل فرد عن عمله دون استثناء. ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾ فى الدلالة على أن الله سبحانه وتعالى قد خلق جميع ما فى الأرض.

٢ـ الجمع المعرف بأل الجنسية أو بالإضافة كقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فإن كلمة «المطلقات» تدل على جميع أفرادهن، ولا تختص ببعضهن.

ومثال الجمع المعرف بالإضافة قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ فإن لفظ (أولادكم) يعم جميع الأولاد، لأن أولاد جمع مضاف إلى ضمير المخاطبين (كم). أما لفظ للذكر فهو من ألفاظ العموم لأنه مفرد معرف بأل الجنسية، فيشتمل الذكر من الأولاد، دون اختصاص بالبعض.

٣ـ أسماء الاستفهام والشرط والأسماء الموصولة: من أسماء الاستفهام

(مَنْ) فى قوله تعالى: ﴿من ذا الذى يقرض الله قرضًا حسنًا فيضاعفه له﴾، لأنه يشمل أى شخص يتقدم بالإقراض. ومن أسماء الشرط قوله تعالى: ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾ وقوله: «من يعمل خيراً يجز به»، وقوله: ﴿من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها﴾. ومن الأسماء الموصولة قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾، فإن عدة من يتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، ويستغرق ذلك جميع من توفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملاً.

٤ـ النكرة الواقعة فى سياق النفى كقوله ﷺ: «لا وصية لوارث» فإن «وصية» نكرة منفية بلا فيعم النفى جميع الوصايا، ولا يحكم بصحة أية وصية للورثة. ومنه كذلك قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فإن ضرر وضرار منفيين بلا فيتجه النفى إلى الأضرار جميعها دفعة واحدة، ولا يرتفع بعضها دون البعض الآخر. ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿ولا تصل على أحد منهم مات أبداً﴾ فإنه يفيد النهى عن الصلاة على أى واحد من هؤلاء المنافقين الذين تخلفوا عن الخروج للقتال معه. أما فى سياق الإثبات فإن النكرة لا تعم. ولذا لو قلت جاء رجل، فهذا يعنى مجئ رجل واحد شائع فى جنسه، ولا يفيد مجئ الرجال. وكذا لو قلت: قابلت رجالاً، فإنك لا تعنى أنك قابلت الرجال جميعهم، وإنما تعنى أنك قابلت عدداً من الرجال.

ولذا فإن القاعدة أن «النكرة فى سياق النفى تعم وفى سياق الإثبات لا تعم».

دلالة العام على أفراده قبل التخصيص:

اختلف الأصوليون فى دلالة العام على أفراده قبل التخصيص، فذهب الشافعية ومن وافقهم إلى أن دلالة العام على استغراق أفراده وشمولهم دلالة ظنية.

ويستند أصحاب هذا الرأى إلى استقراء ألفاظ العموم فوجدوا أنها تدل فى أكثر الأحوال على الخصوص، ولذا شاع القول بأنه «ما من عام إلا وقد خصص». وإذا كانت ألفاظ العموم تفيد الخصوص فى أكثر الأحوال فمعناه وجوب الاحتراس فى تحديد مدلول ألفاظ العموم والبحث عن أدلة التخصيص قبل التأكد من هذا الذى يدل عليه العموم.

أما جمهور الأحناف فيذهبون إلى أن دلالة العام على استغراق أفراده وشمولهم دلالة قطعية لا ظنية، لأن اللفظ موضوع فى اللغة للدلالة على جميع أفراده، فلزم القطع بدلالته على أفراده.

توضيح ذلك أن قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ قاطع فى الدلالة على استحقاق كل سارق أو سارقة هذه العقوبة. وقوله ﷺ : «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» تفيد استحقاق ملكية الأرض التى أحياها واستصلحها أحد، فالإحياء هو سبب الملك الذى يستحقه أى شخص يقوم به.

أما الشافعية فيرون أن العام يدل على أفراده جميعهم، لكن لا على وجه القطع واليقين، بل على وجه الظن، استقراء للمقصود من استعمال العام، وتحسباً لظهور المخصص، فإن القطع بإرادة الشمول من العام لابد من أن يقوم على النظر فى الأدلة الأخرى والبحث فيما قد تنطوى عليه من تخصيص ولا سبيل إلى الجزم بعدم وجود التخصيص فينتج عنه الانتهاء إلى أن شمول أفراد العام ظنى وغير يقينى.

ويترتب على الخلاف بين الأحناف والشافعية فى وجه دلالة العام على أفراده واستغراقه أو شموله لهم على وجه اليقين والظن أن الأحناف لا يجيزون تخصيص عام الكتاب والسنة المتواترة إلا بدليل قطعى، حتى يكون فى مستوى القطع الذى يفيده العموم، وبهذا فإن عموم الكتاب والسنة المتواترة لا يجرى تخصيصه بحديث آحاد أو بقياس. أما الشافعية فيرون جواز تخصيص عموم الكتاب

والسنة المتواترة بخبر الواحد ولاقياس لإفادتهما الظن المماثل لما يفيد العام فى شمول أفراده.

ويتضح هذا الخلاف بالنظر إلى الأمثلة التالية:

١ـ فى قوله تعالى: ﴿ومن دخله كان آمناً﴾ دليل على أنه لا يجوز قتال من دخل الحرم، ولا حق لأحد فى مهاجمته، وينسحب هذا الحق على كل أحد لأن «مَنْ» من ألفاظ العموم. وإذ تدل (من) على أفرادها الذين تشملهم بوجه العموم على سبيل القطع واليقين عند الأحناف فإنه لا يجوز تخصيص الحكم بأمان من يدخل الحرم بحديث آحاد أو قياس. أما عند الشافعية فإن دلالة العام على أفراده دلالة ظنية. ولذا يجوز عندهم تخصيص هذا الحكم بخبر الواحد. ولذا يفيد قوله ﷺ :«الحرم لا يعيذ عاصياً ولا فاراً بدم» أن الأمان الذى ينعم به المرء فى الحرم مقيد بألا يكون مرتكبا لجريمة قتل أو لمعصية معاقب عليها بالقتل.

٢ـ يفيد قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ تحريم كل ذبيحة لم يذكر اسم الله عليها عند الأحناف لأن «ما» فى قوله (مما) من ألفاظ العموم الدالة على أفرادها على وجه القطع واليقين عندهم، فلا يخصصها خبر الواحد المفيد للظن. ويخالف الشافعية فى هذا ويرون أن دلالة العام على أفراده ظنية فيصح تخصيصه بخبر الواحد. ولذا فإن قوله ﷺ «المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم» يصلح مخصصاً لعموم الآية فلا تحرم ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عامداً أو ساهياً.

وبهذا ترتفع حجية خبر الواحد إلى معارضة عموم الكتاب لتخصيص هذا العموم عند الشافعية، خلافًا للأحناف الذين احتفظوا لعموم الكتاب بقطعية دلالته على أفراده حتى يمتنع تخصيصه بخبر الواحد، وهم يحتفظون لعموم الكتاب بمرتبة أعلى من تلك التى يحظى بها هذا العموم عند الشافعية.

وبهذا فإن الخلاف بين الأحناف والشافعية في وجه دلالة العام على أفراده يرجع في أساسه إلى النظر في ترتيب الأدلة وإعطاء القرآن الكريم حجية مطلقة على غيره من المصادر الأخرى أو الدفع بالسنة التي هي في جملتها أخبار آحاد إلى مرتبة مماثلة في الحجية إلى حد كبير للقرآن الكريم، حتى إنها لتخصص عمومه. ولعل الشافعي استحق لقب ناصر السنة لهذا التوسع في إعمال السنة وإكسابها حجية قريبة من حجية نصوص القرآن العامة.

ويعقد الشافعي في الرسالة باباً كاملاً لبيان اشتمال القرآن على نصوص عامة خصصتها السنة الآحادية، من ذلك :

- قوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث، فإن كان له أخوة فلأمه السدس﴾.
- وقال: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين..﴾
- وقال: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾. فهذه الأنصباء التي حددها النص العام قد خصصتها سنة النبي الآحادية، «فأبان النبي أن الوصايا مقتصر بها على الثلث، لا يتعدى ، ولأهل الميراث الثلثان، وأبان أن الدين قبل الوصايا والميراث، وأن لا وصية ولا ميراث حتى يستوفي أهل الدين دينهم. ولولا دلالة السنة ثم إجماع الناس لم يكن ميراث إلا بعد وصية أو دين، ولم تعد الوصية أن تكون مبّداة على الدين أو تكون هي والدين سواء»[1].
- قال تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم﴾، فخصص هذا لعموم بألا قطع في سرقة الثمار وفي السرقة للمال القليل إذا لم يبلغ مبلغ النصاب وهذا التخصيص إنما هو من السنن الآحادية.

---

(١) الرسالة ص ٦٦.

• قال تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾. غير أن السنة قد جاءت بتخصيص هذا العموم، وأوجبت التفريق بين الزاني المحصن والزاني غير المحصن، وبينت أن عقوبة غير المحصن هي التي تكون بالجلد المذكور، أما المحصن فعقوبته الرجم.

دلالة العام بعد التخصيص:

يتفق الأحناف والشافعية على ظنية دلالة العام على شمول أفراده واستغراقهم بعد ورود التخصيص، وهذا الاتفاق بينهما في ظنية دلالة العام على أفراده بعد تخصيصه هو الذي يسر للأحناف تخصيص عموم الكتاب بالسنة وإعمال السنة في أكثر الأحوال. ذلك أن الأحناف لا ينازعون في تخصيص أخبار الآحاد للعموم في قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ وفي سائر الأمثلة الأخرى المذكورة فيما سبق، كما أن أحداً لا ينازع في دور السنة في القيام بهذا التخصيص، ذلك أن نصوص الكتاب عامة في أكثر أحوالها، ولا يتيسر إعمال الأحكام التي أتت بها هذه النصوص إلا ببيان السنة لها عن طريق تفسير المجمل وتخصيص العام وتقييد المطلق.

وفي إيجاز فإن الذي يوضح مشكلة دلالة العام على أفراده عند علماء المذهب الحنفي أن هؤلاء العلماء قد نظروا إلى هذه المشكلة من وجهين:

أولهما: وجوب تقديم حجية القرآن على السنة الآحادية واعتباره قاضياً عليها ومعياراً للحكم بعدم صحتها إذا خالفته.

والثاني: دور السنة في بيان أحكام القرآن بتخصيص عمومه أو تقييد مطلقه.

وكان الحل الذي توصل إليه هؤلاء العلماء هو التفريق بين دلالة العام على أفراده بعد تخصيصه وبين دلالته على أفراده قبل ورود التخصيص عليه مراعاة

لحاجة نصوص القرآن إلى السنة فى توضيح المجمل وتخصيص العام وتقييد المطلق.

أما الشافعية فلم تكن لديهم هذه المشكلة، ولم يجدوا ضرورة لتأكيد تقديم القرآن فى الرتبة على السنة، حيث يجب العمل بها هى الأخرى متى صح ثبوتها عن النبى ﷺ.

ويجب القول بعد هذا كله بأن هذا الخلاف النظرى وإن أثمر عدداً من الاختلافات المحدودة قد أدى إلى تعقيد موضوع دلالة العام من الوجهة الأصولية. ولعل هذا التعقيد كان فى ذهن الشاطبى حينما حاول التغلب عليه عن طريق تأكيد هذين المبدأين.

رأى الشاطبى فى دلالة العام:

أكد الشاطبى فى تحديده لدلالة العام على هذين المبدأين:

أولهما: دلالة العام على أفراده على وجه القطع واليقين، وذلك لأن غالب الأدلة الشرعية من العمومات فإذا عدت من المظنونات أدى ذلك إلى توهين هذه الأدلة وتضعيفها، وهى الأسس لغيرها [1].

والثانى، أفراد العام الذين يشملهم هم الذين تشملهم صيغته بحسب عوائد الناس فى الاستعمال، ولذا فإن الشاطبى من أنصار «العموم العادى» وقصر المراد منه على المقصود فى الاستعمال. ويوضحه أن «العموم المنطقى» الذى يتبادر إلى الذهن من الصيغة غير مقصود منها. ويوضح الشاطبى مفهوم «العموم العادى» بالتفريق بين مستويين من دلالة العام. أحدهما ما تدل عليه الصيغة فى أصل وضعها على الإطلاق، وإلى هذا النظر قصد الأصوليون، فلذلك يقع التخصيص عندهم بالعقل والحس وسائر المخصصات المنفصلة، والثانى بحسب المقاصد الاستعمالية التى تقضى العوائد بالقصد إليها وإن كان أصل الوضع على خلاف ذلك».

يوضحه أن قوله تعالى: ﴿خالق كل شيء﴾ لا يشمل نفسه، لأنه وإن دخل في مفهوم كل شئ بحسب الدلالة المنطقية أو المعجمية للكلمة فإنه لا يدخل في مقصود الاستعمال وغرض المتكلم. وهذا يتفق مع مسلك العرب في حديثهم العادى، حيث يمكن أن يفهم من عبارة زرت بلاد مصر كلها مجرد التوقف عند بلادها الرئيسية دون قصد إلى القرى والنجوع الصغيرة أما فهم قوله تعالى: ﴿إنكم وما تعبدون من دون الله حصب جهنم﴾ بأنه يستلزم دخول الملائكة والمسيح جهنم، لأن البعض قد عبدهما من دون الله فيحمل على أن هؤلاء المعبودين الذين زينوا الضلال لغيرهم هم الذين يستحقون التخليد فى جهنم، ومن المؤكد أن العموم الذهنى أو المعجمى الذى يدل عليه لفظ (ما) فى الآية لا يقصد فيه إلى اشتمال أى من الملائكة أو المسيح أو غيرهما من المعبودين الذين لا دخل لهم في إضلال هؤلاء العابدين.

وهكذا «فإن المتكلم قد يأتي بلفظ عموم مما يشمل بحسب الوضع نفسه وغيره، وهو لا يريد نفسه ولا يريد أنه داخل فى مقتضى العموم، وكذلك قد يقصد بالعموم صنفاً مما يصلح اللفظ له فى أصل الوضع دون غيره من الأصناف، كما أنه قد يذكر البعض فى لفظ العموم ومراده من ذكر البعض الجميع، كما تقول فلان يملك المشرق والمغرب والمراد جميع الأرض، وضرب زيد الظهر والبطن، ومنه ﴿رب المشرقين ورب المغربين﴾، و﴿وهو الذى فى السماء إله وفى الأرض إله﴾ ، فكذلك إذا قال: من دخل دارى أكرمته، فليس المتكلم بمراد، وإذا قال: أكرمت الناس أو قاتلت الكفار فإنما المقصود من لقى منهم، فاللفظ عام فيهم خاصة، وهم المقصودون باللفظ العام» [1].

ويشير الشاطبى إلى تنبيه عدد من علماء الأصول على قاعدة لعموم الاستعمالى العادى، وأن العموم الذى يدل عليه اللفظ لا يشمل كل المفردات

---

(١) الموافقات ٢٧٠/٢.

التى يمكن أن تدخل فى اللفظ من الناحية اللغوية مما قد لا يكون مقصوداً للمتكلم، وإنما يجب تفسير ألفاظ العموم لتحديد مفرداتها بحسب قصد المتكلم منها.

ويضرب الشاطبى مثالاً لذلك مما قاله الغزالى بأن قوله ﷺ : «أيما أهاب دبغ فقد طهر» لا يشمل بين مفرداته إهاب الكلب، فإن جلده مع دخوله فى لفظ العموم «أيما إهاب» من الناحية اللغوية فإنه غير داخل فيه بالنظر إلى قصد الشارع، ومن يسمعه من العرب عند قول هذا النص لا يفهم منه الإشارة إلى جلد الكلب فيحمل عليه كلام الشارع ولا بد.

وعلى سبيل المقارنة فإن قواعد التفسير الخاصة بألفاظ العموم فى القانون الإنجليزى تضم هذه القاعدة الأساسية القاضية بوجوب تفسير لفظ العموم وفق المقصود منه ونية المشرع، حتى يحمل اللفظ العام على معنى الخصوص إذا اتضح أنه هو المقصود منه [1]. وتوضيحاً لذلك فإن كلمة «قرصنة Piracy» فى قانون تسليم المجرمين Extradition Act الصادرعام ١٨٤٣ تنفيذاً للمعاهدة المبرمة بين بريطانيا العظمى آنذاك وبين الولايات المتحدة قد تم تفسيرها بما يخصها بهؤلاء القراصنة الذين يقومون بأعمال التجارة فى العبيد. وإنما ذلك لأن القراصنة الذين يقومون بالأعمال الأخرى كانوا محرومين من طلب اللجوء asylum فى أى من البلدين. وبهذا فسرت الكلمة العامة Piracy بما يعطيها معنى خاصاً.

والنتيجة التى تترتب على «العموم الاستعمالى العادى» نفى التخصيص فى الحالات لم يقصد فيها إلى العموم من أول الأمر. وطبقاً لذلك فإن ما يروى من أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿الذين آمنوا ولم يلبسوا إيمانهم بظلم أولئك لهم الأمن وهم مهتدون﴾، قال بعض الصحابة : وأينا لم يلبس إيمانه بظلم؟ ومعناه أن فهم

(1) Maxwell On the Interpretation of Statutes P. 87.

لفظ «ظلم» فى إطاره العام يؤدى إلى اشتمال كل ظلم، دق أو عظم ، صغر أو كبر، وإلى أنهم غير داخلين فى الحكم بالاهتداء والمكافأة باستحقاق الأمن. ونفياً لهذا الالتباس بين لهم النبى ﷺ أن المقصود بالظلم هو الشرك بالله.

دخول النساء عند خطاب الرجال:

يرد الخطاب فى النصوص للذكور بالصيغ الدالة عليه كقوله تعالى: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم﴾ وقوله: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ وكقوله: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ وكقوله: ﴿أنفقوا من طيبات ما كسبتم﴾ فإن ضمائر الخطاب والغياب للمذكر فى هذه الآيات، وهى موجهة فى مدلولها اللغوى المعجمى للرجال فهل نتصرف إلى النساء كذلك، وكيف؟

لا شك فى أن الخطاب فى هذه النصوص يعم الرجال والنساء لعى السواء، لكن هل هذه الصيغ موضوعة فى اللغة بوضعين للذكور وحدهم وللمختلط من الذكور والإناث فتكون من قبيل المشترك أم أنها تدل على الرجال بوجه الحقيقة وعلى النساء بوجه المجاز فتفتقر إلى القرينة، يجيب البعض عن هذا السؤال بأن اشتمال الخطاب بصيغ المذكر على النساء بوجه الحقيقة، على حين يذهب الجمهور إلى أن دلالة الخطاب بصيغ المذكر على النساء من قبيل المجاز الذى يفتقر إلى القرينة [1].

ولعل وجهة النظر الأولى هى الأقرب إلى الصحة من جهة أن قصد المتكلم والاستعمال اللغوى العادى هو المناط فى تحديد مدلول العام، وإذا كان الشارع قد قصد فى توجيه الخطاب بهذه الصيغ اشتماله على عموم الرجال والنساء بما لا يحصى من الأدلة فإن علينا أن نصل إلى أن هذه الصيغ تتجه بالخطاب إلى الرجال والنساء معاً بوجه الحقيقة وليس على سبيل المجاز الذى يفتقر إلى البحث

---

(١) الإحكام.

عن القرينة الصارفة عن إرادة الحقيقة إلى المجاز.

قصد العموم من الخطاب الخاص:

يقصد العموم من الخطاب الخاص فى الأحوال التالية:

١ـ عموم الخطاب الموجه إلى الناس فى عصر الرسول، وشموله من يأتى بعدهم فى العصور التالية، وذلك لقوله تعالى: ﴿لأنذركم ومن بلغ﴾ وللأدلة المتعلقة بعموم بعثته ﷺ. والخلاف فيما إذا كان هذا الاشتمال على سبيل الحقيقة أو المجاز على النحو السابق ذكره، ولذا فإن قوله ﷺ: «صلوا كما رأيتمونى أصلى» يتجه إلى جميع العصر.

٢ـ الخطاب الخاص بواحد من الأمة يعم غيره، ولذا فإن الرجل الذى جاء يسأل النبى ﷺ عما يفعله بعد أن واقع أهله فى نهار رمضان، فقال له: أعتق رقبة إلى آخر ما جاء فى الحديث، والإجابة عن هذا السؤال ببيان خصال الكفارة، ولا تنصرف إلى السائل وحده وإنما تشمل غيره من سائر أفراد الأمة.

٣ـ الخطاب المتجه للرسول إذا لم يدل دليل على الاختصاص به، مثل قوله تعالى: ﴿وشاورهم فى الأمر﴾، فإن الأمر بالشورى لا يختص بالرسول وإنما يعم غيره كذلك.

٤ـ الخطاب المتجه للأمة يشمل الرسول كذلك، فإن قوله تعالى فى وجوب نسبة الولد المتبنى لأبيه بتوجيه الخطاب إلى الناس فى عصر الرسول ﷺ يشملهم ويشمل غيره ممن يأتى بعدهم ويشمل النبى ﷺ كذلك، ولذا كان قوله تعالى فى شأن هؤلاء الأولاد ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله﴾ موجهاً إلى الرسول وإلى الأمة كذلك.

عموم المقتضى:

المقتضى بكسر الضاد هو اللفظ الذى لا يستقيم معناه إلا بإضمار محذوف، وهذا المحذوف هو المقتضى بفتح الضاد. فإذا احتمل المقتضى محذوفات متعددة ليستقيم معناه قدرت جميعها عند من يرون عموم المقتضى على حين لا يقدر إلا أحدها عند من لا يثبتون للمقتضى هذا العموم.

من ذلك قوله ﷺ : «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» ، فإن الكلام لا يستقيم معناه إلا بتقدير رفع عن أمتى إثم الخطأ والنسيان، ومثل قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ فإن المقتضى هو النكاح، ولأن الذات غير مقصودة، وكذلك فإن قوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» لا يستقيم معناه إلا بتقدير لا ضرر ولا ضرار يبقيان على حالهما، بل يجب رفعهما ، وذلك بالتعويض عنهما لأن نفى وقوع الضرر بين الناس فى الواقع العملى غير مقصود.

غير أن احتمال تعدد المقتضى فى بعض الأحوال قد أوجد الخلاف بين الأصوليين، فذهب بعضهم إلى وجوب تقديرها كلها، وحمل المقتضى عليها جميعها، وتوضيحه أن قوله ﷺ : «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» يحتمل تقدير المقتضى بالإثم كما يحتمل تقديره بالعقوبة أو الضمان، فذهب القائلون بعموم المقتضى إلى أنه يحتمل إضمار جميع المقتضيات التى ثبت اعتبارها بالأدلة الشرعية الأخرى، ولذا يعم المقتضى هنا كلا من الإثم والعقوبة، لأنها هى التى دلت النصوص على إمكان رفعها فى أحوال الخطأ والنسيان، أما إرادة تقدير الضمان فلا تثبت، لأن الأدلة الشرعية قد بينت ان الضمان لا يرتفع بالخطأ أو النسيان، ويثبت معهما.

وقد ذهب الجمهور ومنهم الغزالى والآمدى إلى أن المقتضى لا عموم له بناء على أن تقدير المحذوف إنما وجب لضرورة فهم معنى التركيب أو الجملة فلا يتوسع فيه ويقتصر على ما هو فى حكم الضرورة لتحقيق الفهم.

العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب:

تفيد هذه القاعدة أن الحكم الشرعى إذا ورد فى ظرف خاص اقتضاه، ولكن جاء التعبير عن هذا الحكم بلفظ عام، فإن الحكم يبقى على عمومه ولا يقتصر فى تطبيقه على مورد النص والظرف الذى ورد فيه.

ومن ذلك أن قوله ﷺ : «الخراج بالضمان» قد ورد فى واقعة معينة حين قضى النبى ﷺ برد دابة معيبة إلى بائعها على أن يرد الثمن إلى المشترى، وقد سأل البائع الذى ردت عليه دابته عن حكم ما استفاده هذا المشترى من لبنها بعد تسلمها وقبل ردها فحكم النبى ﷺ بأن الخراج بالضمان، وهذه عبارة عامة تقضى بأن ربح الشئ وغلته وثمرته لمن يضمنه، لا يتقيد ذلك باللبن وحده، وإنما يشمل الثمر والغلة والمنفعة.

ومنه كذلك أن زوجة سعد بن الربيع جاءت تشكو إلى النبى ﷺ موت هذا الزوج وتسلط أخيه على المال طبقاً للأعراف السائدة قبل الإسلام، فجاءت آيات الميراث وخصت البنات بالثلثين والزوجة معهما بالثمن فيطبق ذلك تطبيقاً عاماً على هذه الحالة وغيرها، وهذا هو مفاد هذه القاعدة.

التخصيص:

التخصيص هو قصر العام على بعض أفراده التى كانت داخلة فيه لولا هذا التخصيص، من ذلك أن آيات المواريث قد بينت أنصباء الوارثين من الأولاد والأبوين والأزواج والإخوة فخصصت السنة ذلك بعدد من الأحكام، ومن بينها أنه لا ميراث لقاتل ولا ميراث مع اختلاف الدين فلا يرث المسلم أباه غير المسلم، كما لا يرث الابن غير المسلم من أبيه المسلم، وكذا فإن القصاص فيما دون النفس الثابت بهذا اللفظ العام (والجروح قصاص) طبقاً للنص القرآنى مخصص بأمرين:

أولهما: إمكان المماثلة فى الاقتصاص من الجانى.

والثانى: أمن السراية إلى البدن والاطمئنان إلى سلامة الجانى بعد الاقتصاص منه.

ويؤدى هذا التخصيص إلى تقليل الحالات التى يجرى فيها القصاص فيما دون النفس إلى حالات محدودة للغاية. ومنه كذلك أن القرآن قد أتى بتحريم الميتة فقال تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾، ثم دلت السنة على تخصيص هذا التحريم بغير ميتة البحر بقوله ﷺ في شأنه: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته».

ويشترط الأحناف في التخصيص ما يلي:

١ـ أن يكون المخصص دليلاً مقارناً للعام، لا متراخياً عنه، فإن تراخى دليل التخصيص عن العام كان رفعاً للحكم الشرعى فى حق بعض من شملهم ويصير هذا نسخاً لا تخصيصاً.

٢ـ أن يكون دليل التخصيص مستقلاً وغير مرتبط بالعموم، أما إذا لم يكن مستقلاً كالاستثناء فإن هذا لا يعد من قبيل التخصيص وإنما هو من قبيل قصر العام على بعض أفراده، ولذا فإن قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون. إلا الذين تابوا﴾ عام فى عدم قبول شهادة القاذف والحكم بفسقه، ويجعله فى حق من لم يتب ، أما من تاب فإنه لا يدخل فى هذا العموم.

وقد اختلفوا فى حكم الاستثناء عقب جمل متعاطفة، كما فى هذا المثال، وهو هل يرد الاستثناء على هذه الجمل جميعها أم يختص بالأخيرة منها توضيحه أنه إذا تاب القاذف فهل يرجع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة وحدها فيحكم بعدم فسقه؟ أم يرجع إلى الجملتين السابقتين فيحكم بعدم فسقه وقبول شهادته؟

يذهب الأحناف إلى أن الاستثناء راجع إلى الجملة الأخيرة وحدها،

فينتهي الحكم بفسق القاذف بعد توبته، ولا تقبل شهادته أبداً. أما الجمهور فيذهب إلى دخول الاستثناء على الجمل المتعاطفة السابقة على الاستثناء ما لم يصرفه عن ذلك دليل شرعي، وفي هذا المثال فإنه إذا تاب الشاهد انتهى فسقه وقبلت شهادته ولكنه يحد حد القذف عندهم لأن الحد عندهم حق العبد فلا تسقطه التوبة.

ومن قبيل قصر العام على بعض أفراده بدليل غير مستقل قوله تعالى في بيان المحرمات من النساء: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾، فإن هذه الآية تدل على تحريم زواج بنت الزوجة المدخول بها عند عدم الدخول بالأم، ولا يعد هذا تخصيصاً للعام وإنما هو قصر له على بعض مسمياته عن طريق الشرط ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾.

٣ـ أن يكون دليل التخصيص لفظياً ، فإن قصر العام على بعض أفراده بالعقل أو الحس ليس من باب التخصيص ويبقى العام على قطعية دلالته. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿الله خالق كل شيء﴾ لا ينصرف إلى ذاته سبحانه وتعالى فإنها غير مخلوقة، ولذلك فإن استبعاد ذاته من هذا العموم لا يعد تخصيصاً وإنما هو قصر للعام على بعض أفراده. وكذا فإن قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ موجه إلى المكلفين ، ولا يدخل فيهم غير المميزين في إبقاء العموم على قطعية دلالته، لأنه إن خصص انتقل إلى الظنية في دلالته على شمول أفراده ومسمياته.

التخصيص عند جمهور الأصوليين:

أما الجمهور فلا يشترطون هذه الشروط الثلاثة ويذهبون إلى جواز التخصيص للعام بالأدلة المستقلة وغير المستقلة والمقارنة والمتراخية. وفيما يلي أنواع

الأدلة التي توجب تخصيص العام عند الجمهور:

١ـ الحس: من ذلك أن قوله تعالى عن ملكة سبأ بأنها ﴿وأوتيت من كل شيء﴾ خاص بما لم يكن في يد سليمان أو في يد غيرها.

٢ـ العقل : من ذلك أن التكاليف الشرعية ﴿أقيموا الصلاة﴾ متجهة إلى المكلفين وحدهم، لأن العقل يدل على أن فهم الخطاب الشرعي والقدرة على امتثاله شرط للتكليف .

٣ـ العرف والعادة ، من ذلك أن قوله تعالى: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ ينصرف عند مالك إلى المرأة غير الشريفة القدر، لأن العرف الذى كان سائداً فى قريش عند نزول القرآن هو أن المرأة الشريفة القدر لم تكن تقوم بإرضاع ولدها، فدل هذا العرف على تخصيص وجوب الإرضاع على الوالدات اللاتى لا يتمتعن بالمنزلة الاجتماعية الرفيعة، وينتصر الشوكانى لرأى الجمهور القاضى بأن العرف لا يخصص النص [١].

٤ـ الإجماع: من ذلك أن قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ فخصص بالإجماع على أنه لا يجب السعى لأداء صلاة الجمعة على امرأة. وكذا فإن تنصيف حد القذف على العبيد حكم ثابت بالإجماع ويخصص قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ ومنه كذلك إجماع الصحابة على العول والرد فى الميراث.

٥ـ النص من القرآن أو السنة: سواء كان مستقلاً أو غير مستقل مقارناً أو متراخياً، ومن ذلك أن قوله : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء﴾ نص عام فى تحديد عدة المطلقات، لكنه قد خصص بآية سورة الطلاق التى أثبتت عدة

---

(١) إرشاد الفحول ١٤١.

الحامل بوضع الحمل، وذلك فى قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ ، فاختصت الآية الأولى بغير الحامل والثانية بالحامل.

ومنه كذلك أن قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾ عام فى إيجاب الوصية للوالدين والأقربين، وقد خص منه الوارث الذى لا تجوز له الوصية بقوله ﷺ : «لا وصية لوارث» . ومن هذا يتضح جواز تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد. ومن أمثلته كذلك ما تقدم من تخصيص السنة أحكام المواريث التى جاءت فى القرآن ببيان النبى ﷺ المنع من الميراث للقتل أو لاختلاف الدين بين الوارث والمورث.

ولا يشترط الجمهور لجواز تخصيص خبر الواحد عموم الكتاب شيئاً عدا صحة نسبة الخبر إلى النبى ﷺ . أما الأحناف فيشترطون فوق شروط التخصيص السابقة : (الاستقلال، المقارنة) سبق تخصيص عام الكتاب حتى يفيد الظن فى الدلالة على شموله لمسمياته وأفراده. أما إذا لم يكن العام قد سبق تخصيصه فإنه يكون مفيداً للقطع فى الدلالة على مسمياته، ولا يعارضه خبر الواحد عندئذ بتخصيص ولا غيره.

٦ـ القياس: من ذلك قوله ﷺ : «لا تسافر المرأة إلا مع ذى رحم» عام فى منع سفر المرأة إلا مع ذى رحم محرم منها، فيخرج من هذا المنع العام جواز سفرها إلى مكان القاضى أو الحاكم عند وجوب حق عليها. وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ عام فى إباحة الزواج بغير المحرمات، وقد نص القرآن على حرمة الجمع بين الأختين، وألحقت بهما السنة حرمة الجمع بين المرأة وخالتها والمرأة وعمتها، وقال الرسول ﷺ فيه : «فإنكم إن فعلتم ذلك

(١) إرشاد الفحول ١٤١.

قطعتم أرحامهن»، فهذا من تخصيص السنة لعموم القرآن، وألحق بهذا بالقياس تحريم الجمع بين المرأة وبنت أخيها والمرأة وبنت أختها، للعلة نفسها، وهى منع قطع الرحم، وبهذا فإن النص ﴿وأحل لكم ما وراء ذلك﴾ مخصص بالسنة وبالقياس الفقهى، وإنما جاز عند الأحناف تخصيص عموم القرآن بالقياس فى هذا المثال لسبق تخصيصه بالسنة فأصبح مفيداً للظن فى اشتماله على أفراده ومسمياته ، والقياس يفيد الظن كذلك، فيجوز تخصيصه لهذا العموم.

بين النسخ والتخصيص:

يتوسع الجمهور فى التخصيص هذا التوسع، ويجيزون تخصيص عموم الكتاب أو السنة بأى من هذه الأدلة، ويفيد التخصيص إخراج بعض ما يتناوله اللفظ وعدم دخوله فى الحكم، وهو يشترك مع النسخ فى هذا وإن اختلفا فى الأمور التالية:

١ـ النسخ رفع للحكم الشرعى بعد ثبوته، وإزالة له، أما التخصيص فإنه بيان لمجال عمل الحكم العام.

٢ـ النسخ لا يكون إلا فى الأحكام على حين يجيء التخصيص فى الأحكام وفى الأخبار.

٣ـ يجب تأخر الناسخ عن المنسوخ ، لأنه رفع لحكمه وإزالة لهذا الحكم فيجب تراخيه عنه، أما المخصص فلا يشترط تراخيه عن العام، ويجوز أن يكون مقارناً أو متقدماً أو متأخراً خلافاً للأحناف الذين أوجبوا اقتران المخصص للعام بناء على أن التخصيص بيان لمجال عمل الحكم، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه.

٤ـ يخصص عموم القرآن بالقرآن وبالسنة والقياس والإجماع والعرف كما تقدم على حين لا يجرى نسخ الحكم القرآنى إلا بنص قرآنى كما لا تنسخ السنة إلا بالسنة.

دلالة الخاص:

اختلف الأصوليون فى قطعية دلالة العام على مسمياته أو ظنية هذه الدلالة كما تقدم، أما الخاص فلا خلاف فى قطعية دلالته على معناه المحدد له، وتفيد هذه القطعية للخاص ما يلى:

١ـ الخاص لا يحتاج إلى بيان لظهوره فى معناه الموضوع له ، وعدم انطوائه على خفاء يحتاج معه إلى بيان.

٢ـ وجوب العمل به فيما وضع له إلا إذا صرفه عن معناه الموضوع له دليل معتبر.

ومن أمثلة الخاص قوله تعالى: ﴿الزانية والزنى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾، فإن لفظ «مائة» لفظ خاص ويدل على معناه الموضوع له بوجه القطع، ولا يحتمل غيره.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾، فلفظ «عشرة» خاص ، ولفظ «أو» الدالة على التخيير بين خصال كفارة الحنث فى اليمين من ألفاظ الخاص كذلك، ولفظ «ثلاثة» خاص فى الدلالة على معناه الموضوع له.

ومنه قوله ﷺ : «فى خمس من الإبل شاة» ، فإن لفظ «خمس» من ألفاظ الخصوص، ولفظ «شاة » من ألفاظ الخصوص كذلك، ولذا لا يجيز الشافعية العدول عن إخراج الشاة إلى إخراج القيمة.

ويجوز ذلك عند الحنفية لوجود دليل يصرف العمل بالخاص فى معناه الموضوع له، وهو النظر إلى مقصود الشارع فى رعاية حقوق الفقراء، إذ يتحقق هذا المقصود بإخراج عين الشاة أو بإخراج قيمتها.

وإذ ينتظم الخاص كلا من المطلق والمقيد والأمر والنهى مما يفتقر إليه فيلتزم التعرض لها ولو بإيجاز وذلك فيما يلى:

معنى المطلق والمقيد:

المطلق هو ما دل على فرد غير مقيد كرجل وامرأة وولد وطائر وغصن. ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، فلفظ وصية ولفظ دين مطلقان وغير مقيدين بشئ. غير أن الإطلاق للوصية الذى يفيد حق الموصى فى الإيصاء بأى قدر من تركته قد ورد فى السنة تقييده بألا يجاوز الثلث، وبهذا استفيد تقييد حق الموصى بأن تكون وصيته فى حدود ثلث التركة.

أما المقيد، وهو اللفظ الدال على فرد مقترن بوصف يمنع إطلاقه، كما لو قلت رجل أبيض وامرأة طويلة وولد أسود وطائر له صوت يغرد، فإن هذه الأوصاف قد منعت الإطلاق وحددت المقصود نوعاً من التحديد. ومنه قوله تعالى فى كفارة القتل الخطأ: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾، حيث لا يجزئ التحرير للرقبة غير المؤمنة.

وكذا قوله فى كفارة الظهار: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا﴾؛ ذلك أن الواجب على من يظاهر من امرأته [1]، أن يكفر بتحرير رقبة، فتجزئ الرقبة المؤمنة وغير المؤمنة، لأن اللفظ رقبة لفظ مطلق، فإن لم يستطع الإعتاق وجب عليه صيام شهرين متتابعين، ولا يجزئ الصيام على نحو

---

(١) الظهار من الظهر وهو قول الرجل لامرأته «أنت علي كظهر أمي»، أي أنه يحرمها على نفسه، ويلتحق بذلك عند كثير من العلماء أن يشبهها بأحد من محارمه اللواتي لا يجوز له الزواج بهن. نيل الأوطار ٥١/٧.

مفرق غير متتابع، لأن شهرين مقيدان بالتتابع، فلا يجوز التفريق فى الصوم، ولكن إذا لم يستطع الصوم فيجزئ إطعام ستين مسكيناً.

حكم المطلق والمقيد:

القاعدة أن «المطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصّاً أو دلالة»[1]. ومن هذا يتضح أن حكم المطلق هو وجوب العمل به ما لم يرد دليل التقييد.

وينقسم دليل التقييد إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون نصاً ملفوظاً به، كما تقدم فى الأمثلة المذكورة.

والثاني: التقييد بالدلالات وقرائن الأحوال أو العرف، من ذلك أن قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» مقيد بما يعتبره العرف من الضرر، أما ما يتسبب فيه المرء من أذى لغيره مما لا يعد إضراراً به فى العرف فلا يجب فى الشرع رفعه، ومنه كذلك أن يوكل أحداً فى شراء سيارة أجرة فإنه يتقيد فى شرائه بما يصلح لهذا الغرض.

حمل المطلق على المقيد:

إذا ورد أحد النصين مطلقاً والآخر مقيداً فإن المطلق يحمل على المقيد أو لا يحمل عليه طبقاً للتفصيل والتمييز بين الحالات التالية:

الحالة الأولى - اتحاد الموضوع والحكم:

إذا ورد اللفظ مطلقاً فى نص شرعى وورد مقيداً فى نص آخر فإن الحكم المطلق منهما يحمل على المقيد إذا اتحد الموضوع والحكم، من ذلك ما رواه سعد

---

(1) المادة ٦٤ من مجلة الأحكام العدلية.

بن أبي وقاص أن رجلاً قد أفطر في رمضان فقال له النبي ﷺ اعتق رقبة أو صم شهرين أو أطعم ستين مسكيناً. وروى أبو هريرة أن أعرابياً أفطر في نهار رمضان بمعاشرة زوجته، فقال له النبي ﷺ: «فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين»، وبهذا فإن الموضوع واحد وهو الإفطار في رمضان، وكذا فإن الحكم واحد، وهو صوم شهرين، غير أن أحد الحديثين قد جاء فيه النص على وجوب التتابع في صيام الشهرين على حين لا نص في الآخر على التتابع، فيحمل المطلق منهما على المقيد، ويلزم التتابع في صيام الشهرين لمن أفطر في رمضان.

وإنما وجب حمل المطلق على المقيد بحكم أن النصوص الشرعية وحدة واحدة في مجملها، ولا تناقض فيما بينها، ولذا لم يجز إعمال المطلق منهما على إطلاقه والمقيد على تقييده منعاً للتناقض، إذ يقتضي إعمال الأول أن تقدر الكفارة بصيام شهرين متتابعين أو غير متتابعين، على حين يفيد إعمال الثاني ألا تجزئ الكفارة إلا بصيام شهرين متتابعين ، فيجب دفعاً لهذا التعارض أن يحمل المطلق منهما على المقيد وأن تقدر الكفارة بصيام شهرين متتابعين.

الحالة الثانية - اختلاف الموضوع والحكم :

لا يحمل المطلق على المقيد إذا اختلف كل من الموضوع والحكم، ولذا لا يحمل الإطلاق الوارد في كفارة اليمين بالصيام ثلاثة أيام على المقيد بالتتابع في كفارة القتل الخطأ، لأن الموضوع والحكم مختلفان، فيعمل المطلق منهما على إطلاقه والمقيد على تقييده. وإنما لم يحمل أي منهما على الآخر لتباعدهما وعدم احتمال التناقض بينهما.

الحالة الثالثة - اختلاف الموضوع واتحاد الحكم:

لا يحمل المطلق على المقيد في هذه الحالة عند الأحناف خلافاً للشافعية، من ذلك قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾، وقوله تعالى

فى كفارة الظهار : ﴿فتحرير رقبة﴾، فإن الأول مقيد والآخر مطلق، والحكم بتحرير الرقبة واحد، غير أن الموضوع مختلف، لأن أحدهما فى كفارة القتل الخطأ والآخر فى كفارة الظهار.

وطبقاً لمذهب الشافعية فإنه يجب حمل المطلق (كفارة الظهار) على المقيد (كفارة القتل الخطأ)، فإن محل العتق فى الظهار والقتل الخطأ هو العبد المؤمن أو الأمة المؤمنة.

أما عند الأحناف فيجب العمل بالمطلق على إطلاقه وبالمقيد على تقييده، ولذا كان الواجب فى كفارة الظهار هو عتق الرقبة مطلقاً، مؤمنة أو غير مؤمنة.

الحالة الرابعة ـ اتحاد الموضوع واختلاف الحكم:

لا يحمل المطلق على المقيد فى هذه الحالة عند جمهور الأصوليين خلافاً لبعضهم، من ذلك قوله تعالى فى الوضوء: ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾، وقوله فى التيمم عند عدم الماء: ﴿فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾؛ ففى الوضوء جاء التقييد بغسل اليدين إلى المرفقين على حين لم يرد هذا التقييد فى التيمم فلا يحمل أى منهما على الآخر ويعمل بالمطلق على إطلاقه وبالمقيد على تقييده إلا أن يرد دليل التقييد. وفى هذا المثال لا يرى المالكية والحنابلة وجوب المسح على اليدين فى التيمم إلى المرفقين خلافاً للأحناف والشافعية لورود دليل يفيد التقييد عندهم وهو قول عمر ﷺ: «التيمم ضربتان: ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين».

والحاصل أن الاتفاق على وجوب حمل المطلق على المقيد إذا اتفق الموضوع والحكم، وعلى عدم حمل المطلق على المقيد إذا اختلف الموضوع والحكم. والخلاف بين الأصوليين فيما إذا اختلف الموضوع واتحد الحكم؛ فمذهب الشافعية وجوب حمل المطلق على المقيد، خلافاً للأحناف الذين يوجبون العمل بكل منهما على حاله ، ويجرى الخلاف بدرجة أقل فيما إذا اتحد

الموضوع واختلف الحكم، حيث لا يحمل المطلق على المقيد هنا عند جمهور الأصوليين خلافاً للذين أوجبوا حمل المطلق على المقيد فى هذه الحالة كذلك.

أمثلة توضيحية:

• روى أنه ﷺ قال: «فى خمس من الإبل زكاة»، كما روى أنه قال: «فى خمس من الإبل السائمة زكاة»، فوجب حمل المطلق على المقيد، واشترط السوم [1] فى الإبل لفرض الزكاة فيها.

• روى أنه قال: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل»، كما روى أنه قال: «لا نكاح إلا بولى وشهود»، فيحمل المطلق على المقيد، ولا تصح الشهادة عند الشافعية إلا إذا توافر فى الشهود صفة العدالة. أما الأحناف فيعملون بكل من الحديثين على حاله من الإطلاق والتقييد، فيثبتون صحة النكاح بشهادة الشهود، ولو لم تتوافر فيهم صفة العدالة، على حين يوجبون توافر صفة العدالة لدواعى إثبات النكاح والحقوق المتعلقة به عند التقاضى.

• قال تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾. وقال: ﴿قل لا أجد فيما أوحى إليه محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً﴾؛ فقد نص على تحريم الدهر مطلقًا، كما جاء مقيداً بكونه «مسفوحاً» حتى لا يشمل الدم الباقى فى اللحم والعروق مما يصعب التحرز منه، فيحمل المطلق على المقيد، ولا يحرم غير المسفوح من الدم.

• قال ﷺ: «لا نكاح ألا بولى مرشد وشاهدى عدل»، فيحمل المطلق على المقيد عند الشافعية فى اشتراط توافر الرشد والعدالة فى الولى الذى يلى أمر

---

[1] الإبل السائمة هي التي تعيش على الرعي، أما التي تعلف أو تعمل في السقي أو في الحرث أو في الحمل وجر العربات فلا زكاة فيها لقوله ﷺ: «ليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة».

التزويج. أما الأحناف فلا يوجبون صفة العدالة فى الولى ويعملون بالإطلاق فى قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل»، ولعل هذه الزيادة لم تصح عندهم[1].

﴿الأمر والنهي﴾

ترد أكثر التشريعات المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية بصيغتى الأمر والنهى، سواء كان ذلك لطلب الفعل على وجه الوجوب أو التحريم أو الندب أو الكراهة أو الإباحة، ولذا اهتم الأصوليون بتناول هذا المبحث.

صيغ الأمر وموجبه:

يرد الأمر فى القرآن والسنة بصيغة «افعل» الدالة عليه كقوله: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾، أو بصيغة المضارع المقترن بلام الأمر كقوله تعالى فى الإنفاق على المطلقة: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾، أو بالجمل الخبرية الدالة على الطلب كقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾، وكقوله: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾.

وتدل هذه الصيغ التى تفيد طلب الامتثال على معان عديدة، من بينها:

١ـ الوجوب كقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾، وكقوله: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ إذ الأول يدل على وجوب إقامة صلاة المغرب إذا فسر الدلوك بميل الشمس للمغيب أو على وجوب صلاة الظهر إذا فسر الدلوك بالميل للزوال[1]. كما يدل الثانى على وجوب تقديم الصداق للزوجة نفسها لا لوليها

---

(١) راجع هذا الخلاف ومبناه في تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ٢٦٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢٠٧/٢.

رفعًا للزوجة إلى رتبة التعاقد فى زوجها، وتحديداً لمفهوم الصداق باعتباره هبة للزوجة ونحلة (أى هدية) لا ثمناً للشراء حتى يعطى للولى.

٢ـ الندب كقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾، فإن الأمر بكتابة الدين أو الالتزام المؤجل لا يحمل على الوجوب عند جمهور الفقهاء، وإنما يحمل عندهم على الندب. ومنه قوله تعالى فى شأن الرقيق: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾، فإن هذا يحمل على الندب إلى المكاتبة، وهى الاتفاق على تحرير العبد مقابل مال يدفعه لسيده، ومعنى قوله: ﴿وآتوهم..﴾ تبرعوا لهم بما يعينهم على أداء بدل الكتابة ليحصلوا على حريتهم فهو للندب كذلك. وإنما لم يحمل على الوجوب لأن هذا نوع تبرع فلا يكون ملزماً.

٣ـ الإباحة كقوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض﴾ ومعناه أنه يباح لكم أن تنتشروا فى الأرض للسعى والعمل بعد أداء صلاة الجمعة، فيحمل الأمر (انتشروا) على الإباحة.

٤ـ التهديد والتعجيز والدعاء والإكرام والإهانة وغير ذلك من المعانى التى لا تتعلق بالتشريع، من مثل قوله تعالى: ﴿واعف عنا واغفر لنا وارحمنا﴾ فإنه للدعاء، وكقوله : ﴿ذق إنك انت العزيز الكريم﴾ فإنه للإهانة، وكقوله : ﴿فأتوا بسورة من مثله﴾ فإنه للتعجيز ، ولا تتعلق هذه المعانى بصيغة الأمر على وجه الحقيقة وقصد إيقاع الأمور به [1].

وإذ يرد الأمر فى هذه المعانى كلها [illegible]ذى يحدد معناه المقصود منه هو السياق ومعرفة مقاصد الشارع والقواعد التى دلت عليها النصوص الأخرى. ولذا فإن الأمر فى قوله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل

(١) الموافقات للشاطبي ١٥٢/٢.

ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ يفيد الوجوب، لأن هذا الإعداد المأمور به ضرورى للحفاظ على حياة الناس فى المجتمع الإسلامى ودينهم وأموالهم، والحفاظ على هذه الأمور من المقاصد الضرورية فى الشريعة، ولا يتحقق هذا الحفظ إلا بالإعداد الجيد والتدريب والتسليح فيحمل الأمر «أعدوا» على الوجوب.

ويوضح الشاطبى وجوب الالتفات إلى المقاصد الشرعية والمصالح فى تحديد مفهوم صيغة الأمر بقوله: «الأمر والنواهى من جهة اللفظ ـ أى الصيغة ـ على التساوى فى دلالة الاقتضاء ـ الطلب للفعل أو عدم الفعل ـ والتفرقة بين ما هو منها أمر وجوب أو ندب وما هو نهى تحريم أو كراهة لا تعلم من النصوص، وإن علم منها بعض فالأكثر منها غير معلوم، وما حصل لنا الفرق بينها إلا باتباع المعانى والنظر إلى المصالح ، وفى أى مرتبة تقع، ولم نستند فيه لمجرد الصيغة ، وإلا لزم فى الأمر ألا يكون فى الشريعة إلا على قسم واحد»[1] .

ومن هذا يتضح أن الأوامر والنواهى متساوية فى الدلالة على طلب الفعل أو عدمه والقصد إلى إيقاعه فى الأمر وعدم إيقاعه فى النهى، غير أن التفرقة بين درجات طلب الفعل أو عدمه بحمله على الوجوب أو الندب وعلى التحريم أو الكراهة إنما يرجع فيه إلى المصالح والمعانى لأن الصيغة لا تفيد هذه التفرقة، لأنها صيغة واحدة ذات معان متعددة.

وقد دخل علماء الأصول فى تحديد موجب صيغة الأمر ومدلول هذه الصيغة مدخلاً لا خروج منه، فذهب بعضهم إلى أن هذه الصيغة موضوعة للإباحة وذهب بعضهم إلى أنها للندب وذهب الجمهور إلى أنها للوجوب حتى لا تحمل على غيره إلا بقرينة. ولا طائل من البحث فى مفاد هذه الصيغة من حيث الوضع، ويكفى الالتفات إلى هذا الذى قرره الشاطبى فى الاستناد إلى مقاصد الشرع لتحديد مدلول الأمر عند وروده فى أى نص من النصوص

(١) السابق ١٦٣/٢.

التشريعية. أما تحديد مدلول صيغة الأمر فى الوضع اللغوى ودلالتها على الوجوب أو غيره فأمر يتعذر إثباته من الناحية اللغوية ويدخل فى مجال النظر الفلسفى.

وتبقى مسألتان تتعلقان بمدلول صيغة الأمر، وأعرضهما فيما يلى:

الأمر بعد النهى:

من ذلك تحريم الصيد للمحرم ما دام على إحرامه بقوله تعالى: ﴿غير محلى الصيد وأنتم حرم﴾، وقد ورد بعد ذلك قوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ لتفيد حل الصيد وإباحته بعد انتهاء الإحرام. وكذا ما ورد من النهى عن البيع عند النداء لصلاة الجمعة، وقد ورد بعده قوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله﴾، فالأمر بالانتشار فى الأرض والابتغاء من فضل الله على الإباحة. ولذا ذهب جمهور الأصوليين إلى أن الأمر بعد النهى لا يفيد سوى الإباحة ولا يحمل على الوجوب أو غيره، لأن القصد منه الإعلان عن رفع الحظر الذى دل عليه النهى.

وذهب بعض الحنابلة إلى أن الأمر بعد النهى يرفع الحظر ويعيد الأمر إلى ما كان عليه قبل النهى فإن عرف وجوبه بدليل آخر كان على الوجوب، وإن عرف كونه مندوباً إليه أو الإباحة فهو على الندب أو الإباحة، ويرجح الدكتور عبد الكريم زيدان هذا الرأى [1] ، وهو ترجيح حسن.

دلالة الأمر على الفور والتكرار:

لا توجب صيغة الأمر بذاتها طلب ال[illegible] على سبيل الفور وعدم التراخى أو التكرار والمداومة على فعله، وإنما تستفاد دلالة الأمر على الفور أو التكرار من الأدلة والمصالح التى أراد الشرع تحقيقها. ولذا وجب احتساب العدة فور إيقاع

(1) الوجيز في أصول الفقه ٢٩٦.

الطلاق امتثالاً للأمر المستفاد من قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فإن حساب العدة لا يمكن حمله على التراخي، وكذا فإن الأمر في قوله تعالى: ﴿فاعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ يفيد الفورية كذلك، ولا يحمل الأمر بالعدل على التراخي لمنافاته مقصود الشارع من إقامة العدل في كل الأحوال.

ولا تفيد صيغة الأمر بذاتها التكرار، وإنما يستفاد منها بمعرفة مقصد الشارع وما تدل عليه القواعد الشرعية، من ذلك أن قوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة﴾ وقوله: ﴿أطيعوا الله والرسول﴾ يفيد التكرار ولا يحمل على إقامة الصلاة مرة دون أخرى، لأنها مرتبطة بسبب يتكرر وجوده فيتكرر طلب إقامتها، وكذا فإن المقصود من الطاعة هو الاستمرار والمداومة عليها لأنها لا تتحقق إلا على هذا الوجه فتفيد التكرار.

صيغ النهي وموجبه:

يستفاد النهي عن الفعل وطلب الكف عنه من عدد من الصيغ أهمها وأوضحها صيغة لا تفعل، مثل قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، ومثل قوله: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾، ومنها التصريح بالتحريم أو بالنهي عن الفعل مثل قوله: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾، وقوله: ﴿وينهى عن الفحشاء والمنكر﴾، وقوله: ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾.

وقد وردت هذه الصيغة في نصوص القرآن والسنة في عدد من المعاني، منها التحريم كقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم من إملاق﴾، ومنها الكراهة كنهيه ﷺ عن الصلاة وقت غروب الشمس أو شروقها.

وقد ترد صيغة النهي في معان أخرى لا تتعلق بالتشريع كالدعاء في مثل قوله تعالى: ﴿ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا﴾، وكالإرشاد في مثل قوله تعالى:

﴿لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾.

ويتحدد المعنى المقصود من النهى بمعرفة السياق وقواعد الشرع ومقصوده حسبما اتضح فيما سبق بالنظر إلى مدلول صيغة الأمر.

﴿ المشترك ﴾

المشترك لفظ واحد له أكثر من معنى، بحيث يدل على كل منها على سبيل الحقيقة كالقرء فإنه يدل على الطهر والحيض، وكالعين فإنها تدل على الباصرة وعلى نبع الماء، وكالفعل (بان) فإنه يطلق بمعنى ظهر وبمعنى انفصل.

وأسباب الاشتراك كثيرة منها اختلاف البيئات اللغوية، فقد يدل اللفظ على معنى معين فى إحدى القبائل وعلى غيره فى غيرها. ومنها انتقال اللفظ من معناه اللغوى إلى معناه الاصطلاحى وشيوع المعنى الاصطلاحى وذيوعه على الألسنة حتى يستوى فى الشهرة مع المعنى اللغوى، ومنها الانتقال من المعنى الحقيقى إلى المعنى المجازى واشتهاره هو الآخر حتى يستوى مع المعنى الحقيقى.

حكم المشترك:

ينصرف اللفظ المشترك إلى المعنى الذى تحدده القرينة إن وجدت ، وإلا فإنه يحمل على أحد معانيه التى تحددها الأدلة الشرعية، بناء على أن هذه الأدلة ستتكفل ببيان المعنى المقصود من المشترك منعاً للبس والغموض وتحديداً للمكلف به.

ويمتنع عند الأحناف وبعض الشافعية إطلاق المشترك على جميع المعانى التى ينصرف إليها، لما يؤدى إليه ذلك من التعارض بينها. ويوضحه أن الأيدى فى قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ تنصرف إلى الأيمان والشمائل، ولكن فعل الرسول ﷺ دل على أن اليد التى تقطع فى السرقة هى اليد اليمنى،

فينصرف المقصود إليها لا إلى الشمال.

وخالف في ذلك جمهور الشافعية وذهبوا إلى إمكان إطلاق المشترك على جميع معانيه التي يدل عليها، فقوله تعالى: ﴿إن الله وملائكته يصلون على النبي﴾ يفيد استخدام الصلاة بمعنيين، أحدهما الرحمة من الله والدعاء والاستغفار من الملائكة، وفي هذا دلالة على أن اللفظ المشترك (يصلون) قد استخدم في الدلالة على أكثر من معنى واحد.

وقد ذكر الزنجاني الخلاف في ذلك بقوله: «ذهب الشافعي رضي الله عنه ومن تابعه من علماء الأصول إلى أن اللفظ المشترك يحمل على جميع معانيه، واحتج في ذلك بأمرين:

أحدهما : أن اللفظ استوت نسبته إلى كل واحد من المسميات فليس تعيين البعض منها بأولى من البعض، فيحمل على الجميع احتياطا.

الثاني : أنه دل على جواز وقوعه ، قال الله تعالى: ﴿إن الله وملائكته يصلون على النبي﴾، والصلاة من الله رحمة ومن الملائكة استغفار، وأراد الله تعالى باللفظ الواحد المعنيين جميعاً. وكذلك قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، فإنه أراد به الحيض والطهر، فمن أداه اجتهاده إلى الحيض أخذ به ، ومن أداه اجتهاده إلى الطهر أخذ به.

وذهب القدرية والحنفية إلى منع ذلك، واحتجوا بأن أرباب الوضع إنما وضعوا هذا الاسم لكل واحد من المسميات على سبيل البدل لا على سبيل الجمع ، فإذا حمل على الجمع كان استعمالاً في ضد ما وضع له وعكس ما قصد به.

ويتفرع عن هذا الأصل أن موجب العمد في التخيير بين القصاص والدية عند الشافعي رضي الله عنه مستفاد من قوله تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه

سلطانا﴾، فإن السلطان يحتمل الدية والقصاص، وعندهم لا يخير، بل يحمل على القصاص عيناً [1].

﴿ القاعدة الثالثة ﴾

قاعدة الوضوح والخفاء

تقديم:

تتسم النصوص التشريعية فى القران الكريم والسنة النبوية بالوضوح فى دلالتها على معناها المقصود منها فى كثير من الأحايين. من ذلك قوله تعالى فى ميراث الزوج ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾، وقوله تعالى فى حد القذف: ﴿والذين يرمون المحصنات المؤمنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾، ومنه قوله تعالى فى بيان مبدأ شخصية المسئولية : ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾.

ومع ذلك فقد يعرض الخفاء فى دلالة بعض النصوص الشرعية على معانيها. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾ يفيد وجوب تمتيع المطلق لزوجته ، غير أن هذا الوجوب يفيد الحمل على الوجوب القانونى، بمعنى أن للقاضى إجبار المطلق على دفع متعة مطلقته إذا امتنع عنها أو أنه يفيد مجرد الإلزام الخلقى، [illegible] يستطيع القاضى إجبار المطلق إذا امتنع عن رفعها.

ومن المسلم به أنه يتعين الأخذ بالمعنى الواضح للنصوص، وإعمال هذا

---

(1) تخريج الفروع علي الأصول ص ٢١٢ وما بعدها.

المعنى، والالتزام به، لا مساغ للاجتهاد فى ذلك، إذ القاعدة أنه «لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص» [١]. والنص هنا بمعنى اللفظ الواضح الصريح فى دلالته على معناه.

أما إذا كان النص غامضاً وخفيت دلالته على معناه فإنه يلزم الاجتهاد فى طلب دلالته على معناه، بمعرفة دلالة الألفاظ فى اللغة ومعرفة مقاصد الشرع والرجوع للنصوص الشرعية المتعلقة بذات الموضوع.

وهذا المسلك الذى التزم به علماء أصول الفقه فى التفريق بين واضح الدلالة وخفيها، والحاجة إلى الاجتهاد فى استيضاح معرفة دلالة ما خفى من النصوص هو ذات المسلك الذى اتبعه القانون المدنى المصرى فى تفسير عبارات المتعاقدين وإرادتهم، وذلك فيما نصت عليه المادة ١٥٠ من هذا القانون التى جاء فيها ما يلى:

١ـ إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

٢ـ أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات .

وقد نقل المستشار بدر المنياوى [١] عن محكمة النقض : «أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة ، كما هى ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وإذا لم تبلغ عبارة العقد فى

---

[١] المادة ١٤ من مجلة الأكام العدلية.

[٢] علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مذكرة مكتوبة على الآلة الكاتبة، ص ٦.

الوضوح الحد الذى يدعو إلى عدم الانحراف عنها تعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفى.

ولا يبعد هذا الذى يجب اتباعه فى تفسير نصوص العقد عما هو معمول به فى تفسير النصوص التشريعية، وإن كان الواجب حينئذ هو العمل على استكشاف إرادة الشارع ومقصوده والغاية التى هدف إليها من تشريعه.

وقد اهتم الفقهاء والأصوليون بتحديد قواعد تفسير النصوص التشريعية، فيما يظهر من هذه القواعد الفقهية والأصولية التى صاغوها، وأسوق بعضاً منها فيما يلى :

١ـ العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى ومعناه أن الواجب هو البحث عن مقصود العاقدين عند تفسير عباراتهما لا يتقيد بالمعنى الحرفى للألفاظ فى ذلك.

٢ـ لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح، ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جرى صرف الكلام عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يناقضه فإن الواجب هو حمل الكلام على معناه الظاهر، ولا يلتفت إلى المعنى الآخر المناقض.

٣ـ إعمال الكلام أولى من إهماله، ولكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل.

٤ـ العادة محكمة، عامة كانت أو خاصة، وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

٥ـ تترك الحقيقة بدلالة العادة، ومعنى هذه القاعدة وسابقتها أن الحقيقة اللغوية لا يصار إليها إذا تعارضت مع المعانى المفهومة عرف الجماعة.

٦ـ السؤال معاد فى الجواب.

٧ـ المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد نصاً أو دلالة.

ومن هذا كله تتضح عناية الأصوليين والفقهاء بتفسير النصوص التشريعية وتفريقهم بين واضح الدلالة وخفيها على النحو الذى يتضح فيما يلى:

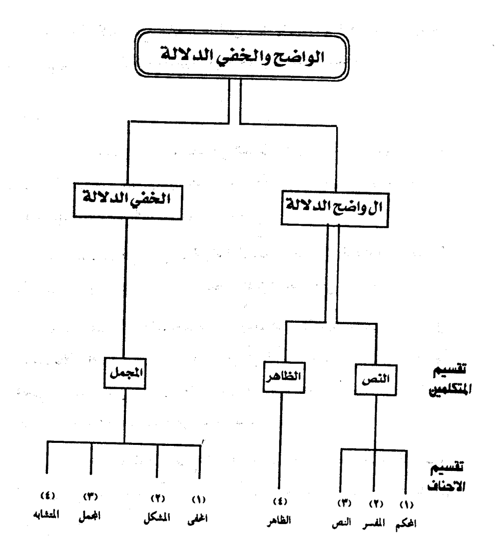
التقسيم:

يقسم الأصوليون ألفاظ نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية بحسب وضوح دلالتها على معانيها أو خفاء هذه الدلالة إلى قسمين، أولهما: الواضح الدلالة، والثانى: الخفى الدلالة، طبقاً لما تقدم.

وفى هذا القدر يتفق الفقهاء (طريقة الأحناف) والشافعية (طريقة المتكلمين) ، وإن أطلق الشافعية مصطلح «المجمل» على خفى الدلالة.

وفيما عدا ذلك فقد اختلف الفريقان فى التقسيم الذى ارتضاه كل منهما، فالأحناف قسموا واضح الدلالة إلى أربعة أقسام هى بترتيب قوة وضوحها المحكم والمفسر والنص والظاهر، أما الشافعية والجمهور فقد اكتفوا بتقسيم واضح الدلالة إلى نوعين: أعلاهما النص ويليه الظاهر.

وإذ اكتفى الشافعية بجعل خفى الدلالة قسماً واحداً هو المجمل فقد عمد الأحناف إلى تقسيمه هو الآخر إلى أربعة أقسام: أخفاها المتشابه ويليه المجمل ثم المشكل ثم الخفى.



ويتضح من هذا الرسم أن الشافعية لم يروا سببًا للتفريق بين المحكم والمفسر والنص لأن الفرق بينهما فى اصطلاح الأحناف هو إمكان وقوع النسخ أو عدم وقوعه، ولا اعتبار بهذا الفرق بعد انقضاء زمن وقوعه.

ومن جهة أخرى فإن كلمة المجمل تتسع لهذه الأنواع الثلاثة الأولى التى ذكرها الأحناف، وهى الخفى والمشكل والمجمل، وبناء على اشتراك هذه الأقسام فى الافتقار إلى البيان عن طريق نص آخر أو بالاجتهاد. أما المتشابه فلا داعى

لذكره فى التصنيف الأصولى طبقاً لما سيتضح من تعريفه حسبما يأتى بعد قليل.

وفيما يلى توضيح المقصود بكل من هذه الأقسام باتباع تقسيم المتكملين أو الشافعية، مع الإشارة إلى الأنواع الفرعية التى أخذ بها الأحناف.

﴿القسم الأول﴾

المجمل «الخفي الدلالة»

المجمل [1] هو اللفظ الذى لم تتضح دلالته بنفسه، ويفتقر لمعرفة معناه إلى قرينه خارجية أو دليل آخر، بحيث لا يتبين المعنى المقصود بدون هذه القرينة. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ يفيد وجوب إخراج زكاة الزروع والثمار. غير أن كلمة «حقه» كلمة مجملة لا تدل على المعنى المقصود بنفسها، لأننا لا نعرف مقدار هذا الحق ومتى يجب إيتاؤه، وقد جاءت السنة ببيان هذا الحق وأنه العشر فى الأراضى التى تروى سيحاً أو بالمطر، أما التى تروى بمجهود أو آلة فلا يصل هذا الحق فيها إلا إلى نصف العشر.

ومنه كذلك قوله فى آيات المواريث (من بعد وصية) حيث يعد هذا اللفظ (الوصية) من قبيل المجمل، وقد جاءت السنة ببيان المقصود به، وأنه لا يكون لوارث ولا يجاوز الثلث.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة﴾ فإن لفظ الصلاة مجمل تولت السنة بيانه بذكر أركانه وشروطه وآدابه.

---

[1] المجمل في اللغة مأخوذ من الجمع، ومنه جمل الحساب إذا جمعه، وقيل هو المحصل، ومنه يقال، جملت الشئ إذا حصلته، وقد اختار الآمدي تعريفه في الاصطلاح الأصولي بأنه ، ما له دلالة علي أحد أمرين لا مزية لأحدهما علي الآخر بالنسبة إليه. منتهي السول في علم الأصول ٥٦/٢.

وكذلك قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فإن (قروء) من المشترك بين معنيين: الطهر والحيض، ولا ينصرف لأى منهما إلا بأدلة وقرائن خارجية.

ومن المجمل قوله ﷺ : «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، فإن المرفوع عن الأمة مجمل ويحتمل الانصراف إلى الإثم أو المؤاخذة والمسئولية، ولا ينصرف إلى الإثم إلا بمعونة القرائن والأدلة الأخرى، حيث علم من أحكام الشارع أن المسئولية التقصيرية والحكم بالضمان ثابت مع وجود هذا الخطأ والنسيان، فدل على أن المرفوع هو الإثم.

ويوافق المجمل ما اصطلح عليه الأحناف بخفى الدلالة التى ينقسم عندهم إلى أربعة أقسام:

أولها: الخفى، وهو اللفظ الذى ظهرت ووضحت دلالته على بعض أفراده دون البعض، لاختصاصهم باسم آخر أو وصف يميزهم. من ذلك قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾، فإن لفظ السارق ظاهر المعنى فيمن يأخذ المال من حرزه ومكانه الذى يحفظ فيه غير أنه ليس بهذا الوضوح فى الطرار (النشال) والنصاب والنباش الذى ينبش القبور ويسرق أكفان الموتى، وجاحد الأمانة.

وقد وجد الفقهاء تحقق معنى السارق فى الطرار (النشال) لأنه يأخذ أموال الناس بمغافلتهم، واتفقوا لهذا على معاقبته عقوبة السارق، أما النصاب وجاحد الأمانة والغاصب فلا يتحقق فيه من معنى السرقة إلا أخذ المال، لكنهم لا يأخذونه بمغافلة واستسرار فلا تطبق عليهم عقوبة السرقة وتطبق عليهم عقوبة تعزيرية . أما النباش فقد أشبه السارق فى المغافلة وأخذ مال غير مملوك له، وبهذا اعتبر سارقاً معاقباً بالحد عند عدد من الفقهاء من بينهم عمر وابن مسعود والحسن وأبو يوسف، وخالف فى ذلك عدد آخر لم يروا دخوله فى معنى السارق، وهو مذهب أبى حنيفة ومحمد، ويستوجب النباش العقوبة التعزيرية طبقاً لهذا.

ومنه كذلك قوله ﷺ: «لا يرث القاتل» فإنه ظاهر الدلالة فى القاتل المتعمد وخفى الدلالة على القاتل المخطئ، وهذا هو ما أوجب اختلاف الفقهاء فى ميراث القاتل المخطئ، فمنعه الأحناف من الميراث، واعتبروه داخلاً فى القاتل الممنوع من الميراث، على حين ذهب المالكية إلى قصر القتل المانع من الميراث على القتل العمد، وإلى أن القاتل المخطئ لا يمنع من الميراث، وهذا هو ما أخذ به قانون الميراث المصرى، وإنما لحق الخفاء لفظ «القاتل» فى دلالته على القاتل المخطئ لاختصاصه بهذا الوصف الزائد.

والثانى المشكل وهو ما خفيت دلالته على معناه، ومع إمكان إزالة هذا الخفاء بالبحث والاجتهاد، من ذلك قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فإن القرء للحيض أو الطهر كما تقدم، ولا يلحق بأحدهما إلا بالبحث والتأمل.

والثالث : المجمل، وهو اللفظ الذى خفى معناه فى ذاته ويفتقر إلى بيان الشارع لمعناه، من ذلك قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ فإن الصلاة والزكاة لفظان مجملان، ولا يتحدد معناهما إلا ببيان الشارع لهذا المعنى، وإنما كان المجمل أشد خفاء من المشكل لأن المشكل يرتفع خفاؤه بمجرد الاجتهاد والبحث أما المجمل فلا يزول ما فيه من خفاء إلا ببيان من الشارع.

والرابع: المشتابه، وهو اللفظ الذى خفى معناه فى ذاته، ولا سبيل إلى إدراك معناه بالقرائن والأدلة ولا بالاجتهاد ولا ببيان الشارع من ذلك الحروف المقطعة فى أوائل السور مثل (ألم - حم - كهعص) ومنه كذلك آيات الصفات كقوله (وكلم الله موسى تكليمًا) وكقوله (يد الله فوق أيديهم) وكقوله : (الرحمن على العرش استوى).

وينبغى الالتفات إلى أن المتشابه بهذا المعنى لا مجال له فى آيات الأحكام، لأن التكليف يستلزم وضوح المكلف به، إذ الغاية من التكليف الامتثال والطاعة،

ولا يستطيع المكلف امتثال تكليف لم يفهمه. ولذا فإن في ذكره ضمن مباحث دلالات الألفاظ في أصول الفقه نوع تزيد.

وقد أحسن الشافعية والمتكلمون حيث استبعدوا قسم المتشابه من أنواع الخفي الدلالة، لأنه لا تعلق له بعمل الفقيه واستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها وفهم آيات الأحكام وأحاديثها، والمعيار الذي يجب تطبيقه أن كل ما لا يفتقر إليه الفقيه في عمله فلا ضرورة لإيراده في علم أصول الفقه. وقد التفت الدكتور عبد الكريم زيدان إلى هذا المعنى حين نبه على أن «المتشابه بالمعنى الذي أراده الأصوليون ليس من بحث الأصول وإنما هو من أبحاث علم الكلام» [1].

بيان المجمل:

اتفق الأصوليون على أن واجب المجتهد أن يبحث عن دلالة المجمل ليظهر له مراد الشارع، وأكثرهم على أن الشارع لا يكلف بما خفيت دلالته دون أن يظهر هذه الدلالة ويبينها بمعونة الأدلة الأخرى. ويستند وجوب تعيين دلالة المجمل على المجتهد إلى قاعدتين توصل إليهما علماء أصول الفقه، وهاتان القاعدتان هما:

١ـ امتناع تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه، وهو التكليف به. وتستند هاتان القاعدتان إلى المنع من التكليف بما لا يطاق.

وعلى سبيل التوضيح فإن قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ من التكليف بما هو مجمل، ولكن السنة لنبوية قد أوضحت هيئة الصلاة وأوقاتها والأقوال والأفعال الواجبة فيها، كما بينت الأموال التي تجب فيها الزكاة، ومقدار الواجب في هذه الأ موال. ويمتنع استمرار التكليف بهذين الركنين دون بيان ما يحتاجه المكلف لتحقيق الامتثال لهذا التلكيف، ومنه كذلك أن القرآن الكريم

(١) الوجيز في أصول الفقه ص ٢٥٢.

حدد أنصباء أصحاب الفروض فى آيات المواريث من سورة النساء وأشار إلى استحقاق العصبة دون بيانه للعلاقة بين هاتين المجموعتين من الورثة، فجاءت السنة بوجوب البدء بإعطاء أصحاب الفروض حقوقهم أول الأمر على أن يعطى العصبات ما يبقى من التركة بعد استيفاء أصحاب الفروض حقوقهم.

ويستعين المجتهد فى تحديده لدلالة المجمل بعدد من الضوابط والمعايير التى أشار إليها الأصوليون إشارات عامة، ومن هذه الضوابط ما يلى:

١ـ الرجوع إلى سائر النصوص التشريعية المتعلقة بالموضوع نفسه، سواء من القرآن أو السنة، بناء على أن النصوص جميعها وحدة متكاملة لا تناقض بينها، وأن ما هو مجمل فى بعضها قد بينه سائرها. من ذلك أن جمهور الفقهاء قد فسروا الإجمال الوارد فى بيان مدة العدة فى قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ بأن القرء يفيد الطهر هنا، ويجب على المطلقة أن تتربص بعد طلاقها بهذه الآية ثلاثة أطهار حتى تنقضى عدتها. واستندوا فى هذا التحديد إلى ما جاء فى أول سورة الطلاق من قوله تعالى: ﴿يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾، أى فى أول عدتهن، وهذا الطهر الذى يحدث فيه الطلاق، كما استندوا فى ذلك إلى ما جاء عن النبى ﷺ بشأن الطلاق البدعى وطلاق السنة، ومنعه من الطلاق فى حيض أو طهر حدثت فيه العلاقة الزوجية.

ولا يبعد عن ذلك الأسلوب الذى يلتزم به القاضى المعاصر فى فهم النصوص القانونية، حيث يلزمه أن يسترشد فى فهمه لأحد نصوصها بما جاءت به النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة. من ذلك على سبيل المثال أن المادة ٥١ من قانون العقوبات المصرى تشير إلى العائد وتعريفه قد تقرر فى المادة ٤٩ من القانون ذاته. كذلك فإن المادة ٨٠ من هذا القانون تنص على العقوبة بالإعدام على كل من سلم أو أفشى بأية صورة وعلى أى وجه وبأية وسيلة سراً من أسرار الدفاع عن البلاد أو توصل بأية طريقة إلى الحصول على سر من هذه الأسرار

بقصد تسليمه أو إفشائه لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها» . ولا شك أن عبارة «سر من أسرار الدفاع» عبارة مجملة، وتفتقر إلى ما يبينها، ولهذا جاءت المادة رقم ٨٥ من القانون نفسه لتبين المقصود من أسرار الدفاع بينها بضرب الأمثلة عليها، فجاء النص فيها على اعتبار المعلومات الحربية والسياسية والدبلوماسية ، والأخبار المتعلقة بالقوات المسلحة والمحررات والمعلومات والمكاتبات المصونة التى لا يراد اطلاع الأعداء عليها، من أسرار الدفاع. ومن هذا يتضح أن القاضى لا يستطيع تحديد المعنى المقصود من «أسرار الدفاع» فى المادة ٨٠ إلا بالرجوع إلى ما جاء فى المادة ٨٥.

وينبنى هذا الضابط على النظر إلى النصوص التشريعية باعتبارها وحدة متكاملة، يبين بعضها بعضاً. ومن الناحية العملية فإن من غيرالملائم أن يتوقف المشرع عند كل نص لتوضيحه، وبيان المراد منه، وإنما الأولى فى أحوال كثيرة أن يضع القاعدة، ثم يترك بيانها لمناسبتها التى قد تحين فى ظرف لاحق. يقول المستشار بدر المنياوى فى مبنى هذا الضابط: «أما التنسيق بين النصوص التشريعية كوسيلة للتعرف على إرادة الشارع فمرده إلى أن النصوص تصدر عن نظام قانونى واحد، ومن ثم فيجب ألا تتنافر قواعده أو تتضارب غاياته ، وإنما تتكامل وتتضافر نحو الهدف الأسمى، فإذا خفيت وجهة نص من النصوص فقد يستطاع الاستدلال عليها من وجهة غيره أو بالمقارنة بينهما، وبذلك تقوم القرينة على مراد الشارع من الجمع بين نصين أو جملة نصوص، سواء أكانت هذه النصوص قد وردت فى قانون واحد أو فى قوانين متعددة» [1].

٢ـ الالتفات إلى ظروف المجتمع الإسلامى فترة نزول النصوص التشريعية وواقع تطبيق هذه النصوص، من ذلك أن آية المداينة من سورة البقرة تأمر بكتابة

---

(١) علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مذكرة على الآلة الكاتبة، ص ٦.

الديون والالتزامات المؤجلة والاشهاد عليها، وذلك فى قوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه .. واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾. ويتردد مفاد هذا الأمر بين وجوب الكتابة والإشهاد على هذه الالتزامات المؤجلة، وبين الندب. وقد حمل الجمهور الأمر على الندب استناداً إلى فعل الصحابة ، والنبى ﷺ بينهم، فكانوا يتبايعون ويتداينون دون كتابة ولا إشهاد فى أكثر أحوالهم، فدل ذلك على عدم وجوب الكتابة أو الإشهاد، وإنما كان ذلك من قبيل ما هو مندوب إليه.

٣ـ الالتفات إلى مقاصد الشارع من النصوص والغايات التى أرادها من التشريع. يوضحه أن الأحناف قد فسروا القرء فى قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ على أن المقصود به الحيض، وذلك بناء على أن المقصود من العدة هو تبين براءة الرحم بين الحمل ولا يناسبه الطهر، وإنما الذى يدل عليه الحيض، ولذا تحتسب العدة عندهم بالحيضات الثلاث. وقد حمل الأحناف قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى» على محمل نفى الكمال، لا على نفى الصحة ، ولهذا أجازوا للمرأة الكاملة الأهلية أن تزوج نفسها، وإن استحسنوا لها أن يزوجها وليها. وينبنى رأيهم هذا على أن الشارع قد أعطى للمرأة الحق فى التملك والإرث والتعاقد، رفعاً لشأنها وإعلاء لمكانتها، ويتفق مع قصد الشارع فى ذلك أن يكون لها الحق فى توليها أمر نفسها فى زواجها.

ولا شك فى أن الالتفات إلى مقاصد الشرع ذو أثر كبير فى تحديد معانى النصوص التشريعية وفهم دلالاتها. يدل عليه كذلك أن آية شرع القصاص: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ واضحة الدلالة فى إيجاب قتل الواحد بالواحد، غير أنها يمكن أن تعد من قبيل المجمل فى إيجاب قام بقتل الجماعة لو اشتركوا فى قتل واحد. وذلك أن المعنى اللغوى لكلمة القصاص هو المثلية والمساواة، وهذا المعنى متحقق فى إيجاب قتل الواحد بالواحد، على نحو

واضح جلى، ولذا لم يجر النزاع فى إيجاب قتل شخص قتل غيره. أما قتل الجماعة بالواحد فلا يدل المعنى اللغوى لكلمة القصاص على وجوبه، ولذا نازع بعض الصحابة فيه، لكن عمر رضي الله عنه انتهى إلى ترجيح الرأى القاضى بقتل الجماعة المشتركين فى قتل واحد، ودخول ذلك فى معنى القصاص، استناداً إلى مقصود الشارع من شرع القصاص، وهو حفظ الحياة الإنسانية، لأنه لو اقتصر مدلول القصاص على قتل الواحد بالواحد لفات هذا المقصود بمجرد استعانة من يريد قتل أحد بغيره.

ويجرى الاعتماد على هذا الضابط فى تفسير النصوص القانونية الوضعية، من ذلك أن المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى تنص على أنه: «لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة». ولعل القصد من إدراج الأفعال التى يرتكبها شخص بنية سليمة إعمالاً لحق من الحقوق الشرعية ضمن أسباب الإباحة هو الحفاظ على البناء الحقوقى المقرر فى الشريعة الإسلامية وتمكين الأفراد من ضبط علاقاتهم وإقامة حياتهم وفق أحكام الشريعة، ويتفق مع ذلك ما جاءت به المادة ٧ من ذات القانون، حيث نصت على أنه: «لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء». وطبقاً لذلك فإنه يفترض أنه لا عقاب على من يستخدم حقه فى الدفاع عن عرضه أو عرض غيره أو فى الدفاع عن حياته أو حياة غيره أو فى الدفاع عن ماله أو مال غيره ، لأنه إنما يستخدم فى هذا كله حقاً من الحقوق المقررة له بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولعل مما يندرج تحت هذا القصد الذهاب إلى القول بأن وقف الساحب صرف الشيك عند ظهور أنه تعرض للنصب عليه من قبل المستفيد، أو إذا أفلس هذا المستفيد، ومثل مبلغ الشيك ديناً عليه فى معاملة مؤجلة ـ لا يعرض هذا

المستفيد للعقوبات المترتبة على تأخير الوفاء بالشيك، ومبنى هذا الافتراض مجموع الأصل الذى نصت عليه المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى والتى تؤكد إباحة استعمال الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة الإسلامية، وما هو مقرر فى هذه الشريعة من حق الإنسان فى الدفاع عن ماله، ولا شك فى أن وقف صرف الشيك فى الحالتين المذكورتين (إفلاس المستفيد وقيامه بالنصب على الساحب) يمثل نوعاً من دفاع الإنسان عن ماله الذى يراه صاحبه يضيع أمامه.

ويوضحه كذلك من القانون المدنى المصرى أن المادة ٢٣٤ منه قد نصت على أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه». وهذا هو الحكم فى الفقه الإسلامى كذلك. غير أنه لا يباع على المدين أدوات مهنته أو ملبسه أو ما هو بحاجة إليه من ضرورات المعيشة ، لما قدره الشارع من أن حق المدين فى حفظ حياته يرجح حق الدائن فى استرداد أمواله، ولا تبعد التطبيقات القضائية فى المحاكم المصرية عن ذلك.

﴿القسم الثاني﴾

الواضح الدلالة (الظاهر - النص)

الظاهر:

يعرفه الشافعية بأنه هو اللفظ الذى يدل بصيغته على المعنى المتبادر منه مع إمكان تأويله، فإن استخدم فى المعنى غير المتبادر للذهن لدليل يصرفه إليه فهو المؤول، وإن استخدم فى المعنى المتبادر للذهن فهو الظاهر. من ذلك أن كلمة الأسد تعنى فى الظاهر الحيوان المفترس، فإن استخدمت فى الدلالة على الرجل الشجاع فهو المؤول [1].

وحكم الظاهر بهذا التعريف ما يلى:

١- جواز تأويله وصرفه عن معناه الظاهر إلى معناه المؤول. من ذلك أن الأمر بكتابة الدين والإشهاد على البيع فى آية المداينة يفيد الوجوب، غير أنه يحمل على الندب لما فهمه العلماء من قوله تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته﴾، أى دونما حاجة إلى كتابة ولا إشهاد.

ومنه كذلك أن قوله ﷺ : «لا صيام لمن لم يبيت النية من الليل» يفيد فيما يتبادر إلى الذهن أن تبييت النية شرط لكمال الصوم وليس شرطاً لصحته.

٢- وجوب العمل بمعناه الظاهر المتبادر إلى الذهن حتى لا يجوز تركه إلى معناه المؤول إلا بدليل يوجبه.

ولا يختلف كثيراً تعريفات بعض الأحناف للظاهر، فقد عرفه أبو زيد الدبوسى بأنه : «ما ظهر للسامع بنفس السمع»، وعرفه البزدوى بأنه «اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصيغته»، وعرفه السرخسى بأنه «ما يعرف المراد منه بنفس السماع من غير تأمل، وهو الذى يسبق إلى العقول والأوهام لظهوره موضوعاً فيما هو المراد» [1].

ويحتمل الظاهر عندهم صرفه عن معناه بتفسير أو تأويل، كما أنه يحتمل النسخ.

معنى التفسير والتأويل:

التفسير عند الأصوليين هو بيان المراد من اللفظ بدليل قطعى نصى، ولذا فإن المفسر عندهم لا يحتمل التأويل طبقاً لما يأتى من تعريفه عند الأحناف. من ذلك تفسير السنة للمراد من ألفاظ الصلاة والزكاة والحج الوارد فى القرآن الكريم.

---

(١) كشف الأسرار ٤٦/١، وانظر نقد المؤلف عبد العزيز البخاري لما آل إليه الأمر عند المتأخرين من التفريق بين والظاهر النص على أساس اشتراط القصد إلى سوق الكلام في معنى النص واشتراط عدم القصد إلى سوق الكلام في معنى الظاهر ٤٨/١.

أما التأويل فهو صرف اللفظ عن معناه المتبادر إلى معنى آخر لدليل يؤديه كتخصيص العام وتقييد المطلق وحمل المشترك على أحد معنييه.

وبهذا يختلف التفسير عن التأويل فى أن التفسير يكون بدليل قطعى نصى على حين يكون التأويل بدليل ظنى ويرجع إلى اجتهاد العلماء.

ولما كان التأويل مبنياً على اجتهاد العلماء ، فإنه يشترط لقبوله وصحته الشروط التالية:

١ـ موافقة المعنى المحمول عليه اللفظ لوضع اللغة أو عرف الاستعمال أو عادة الشرع.

٢ـ وجود الدليل الذى يصرف اللفظ عن ظاهره إلى المعنى المرجوح له، سواء كان هذا الدليل مستمداً من نص شرعى أو قياس أو إجماع أو مصلحة.

٣ـ عدم مخالفة التأويل للأصول الشرعية. فلو أن أحداً حمل معنى قوله ﷺ: «إنما الربا فى النسيئة» على الحصر، وأن الربا لا يكون فى المعاملات الحالة، بل هو فى المعاملات المؤجلة، كان هذا التأويل منافياً للنصوص المتعلقة بتحريم ربا الفضل ، فلا يجوز مثل هذا التأويل.

وكذلك فإن تأويل قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ على أن الربا المحرم هو الذى يزاد فيه الدين أضعافاً مضاعفة بالفوائد المركبة ليس إلا من قبيل التأويل الفاسد لتناقضه مع النصوص الشرعية القاضية بأن الربا هو مطلق الزيادة، وهذا هو ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾.

النص:

يعرف جمهور المتكلمين والشافعية النص بأنه ما دل على معناه دلالة قطعية بحيث لا يتطرق اليه احتمال. ولا يبعد تعريف الأحناف للنص كثيراً عن ذلك،

فقد عرفه البزدوى بقوله: «النص ما ازداد وضوحاً على الظاهر بمعنى من المتكلم لا فى نفس الصيغة». وإنما يكمن الفرق بين تعريف الفقهاء للنص وتعريف غيرهم له من المتكلمين فى أن النص عند الفقهاء يحتمل التأويل والصرف عن المعنى المتبادر منه إلى غيره على حين أن النص عند المتكلمين لا يحتمل التأويل.

وبهذا فإن حكم النص هو :

١ـ وجوب العمل بما دل عليه.

٢ـ قابليته للتأويل عند الفقهاء والأحناف خلافاً للمتكلمين.

٣ـ زيادته فى الوضوح عن الظاهر وتقدمه عليه عند التعارض بينهما.

ويتفرع عن النص ويلتحق به عند الأحناف ما يلى:

١ـ المفسر:

المفسر هو «اللفظ الذى يدل على الحكم دلالة واضحة لا يبقى معها احتمال للتأويل أو التخصيص ولكنه مما يقبل النسخ فى عهد الرسالة».

وهو بهذا يزيد عن الظاهر والنص فى درجة الوضوح، من جهة أنه يدل على معناه دلالة لا تقبل التأويل والصرف إلى غيرها. من ذلك أن لفظ مائة فى قوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ من قبيل المفسر لأنها لا تحتمل صرفها إلى معنى آخر غير العدد الذى تدل عليه. ومنه النصف والربع والثلث والسدس فى آيات المواريث، لأنها لا تدل على معنى آخر غير هذه الفروض المقدرة.

٢ـ المحكم :

المحكم هو ما دل على معناه دلالة واضحة دون أن يحتمل التأويل أو التخصيص أو النسخ، وهو بهذا كالمفسر إلا فى قبول النسخ الذى انتهى زمنه بوفاة الرسول ﷺ.

وحكمه:

١ـ وجوب العمل به وعدم احتمال صرفه إلى معنى آخر لأنه لا يقبل التأويل.
٢ـ لا يحتمل النسخ والإبطال.
٣ـ دلالته على الحكم أقوى من الأنواع السابقة فيتقدم عليها.

مقارنة :

يرجع هذا التقسيم الرباعي للألفاظ الواضحة الدلالة عند الأحناف إلى لحظ معنى القطعية في الدلالة على المعنى واحتمال النسخ في عهد الرسالة. وإذا انقضى عهد الرسالة وتحددت وقائع النسخ والنصوص المحتملة له فإن التقسيم الثنائي للألفاظ الواضحة الدلالة (ظاهر ـ نص) نلحظ معنى القطعية أو الظنية في الدلالة على المعنى المأخوذ من العبارة يصبح هو التقسيم الأولى بالاعتبار.

ومع ذلك فإنه يبدو أن المحاكم المصرية لا تفرق في النصوص الواضحة الدلالة بين النص والظاهر، وإنما تفرق بين ما هو قطعي في الدلالة على المعنى المأخوذ من الكلام وما هو غير قطعي في الدلالة على هذا المعنى. أما ما هو قطعي الدلالة على معناه الذي يقابل الواضح الدلالة بوجه العموم عند الأصوليين فهو الذي تشير إليه أحكام القضاء المصري بعبارات مثل الظاهر والواضح والجلي المعنى والمقطوع به وما إلى ذلك مما يجب استقصاؤه وتحديد مصطلحاته في بحث خاص بذلك. أما غير المقطوع بدلالته فهو الذي يشار إليه في هذه الأحكام بالمجمل، أخذاً من اصطلاح الأصوليين، كما تقدم.

وقد استقر الفقه والقضاء المصري على وجوب العمل بالنصوص القطعية الدلالة على معناها المأخوذ منها، دون حاجة إلى تفسير أو تأويل، وفي هذا ينقل المستشار بدر المنياوي عن محكمة النقض في هذا الصدد «أن القاعدة العامة أنه متى كانت عبارة القانون واضحة ولا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير والتأويل، أيا كان الباعث على ذلك، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة القانون الواجب تطبيقه».

لكل أحد اسم. ولقب الشخص يلحق أولاده»، فإن هذه المادة لا تفهم إلا بالرجوع إلى المعنى اللغوى لكلمتى اسم ولقب مع إدراك الفرق بينهما فى التحديد اللغوى.

ويترجح إعمال المعنى الشرعى أو الاصطلاحى على المعنى اللغوى عند عدم إمكان الجمع بينهما. من ذلك كما تقدم أن كلمة الصلاة لها معنى لغوى هو مطلق الدعاء، ولها معنى شرعى هو العبادة المخصوصة المؤلفة من القيام والركوع والسجود والقعود، وهو الذى تنصرف إليه عند ورودها فى النصوص الشرعية، وكذلك الزكاة والحج والطهارة والوضوء والقصاص والقذف. وعلى سبيل التوضيح فإن المعنى اللغوى للقذف هو مجرد الرمى، كالقذف بحصا أو أى مادة، أما المعنى الاصطلاحى الشرعى فهو رمى الغير بارتكاب جريمة الزنا.

وتنصرف كلمة القذف عند ورودها فى النصوص الشرعية إلى هذا المعنى الأخير، فقد ورد فى صحيح البخارى أنه ﷺ «فرق بين رجل وامرأة قذفها وأحلفها»، وفيه أيضاً حكم الملاعنة فيما إذا «قذف الأخرس امرأته بكتابة» وفى البخارى إشارة إلى ملاعنة هلال بن أمية لما «قذف امرأته بشريك».

ويصدق هذا المسلك نفسه فى تفسير عبارات القانون، ذلك أن «المشرع قد يعدل عن المعنى اللغوى للفظ ويطلقه على معنى اصطلاحى يحدد هو عناصره ومقوماته، وفى هذه الحالة يتعين ـ بحسب الأصل أن ينصرف اللفظ لهذا المعنى الاصطلاحى فى أى نص آخر، لأن فى ذلك، كما تقول محكمة النقض، توحيداً للغة القانون، ومنعًا للبّس فى فهمه والاشتباه فى حكمه، وتحرياً لوضوح خطابه إلى الكافة»[1].

ويتضح هذا المسلك بالرجوع إلى هذه التعريفات الكثيرة للعديد من

---

(١) علامات على طريق فهم النصوص التشريعية فى ضوء أصول الفقه الإسلامى، ص٢٥.

المصطلحات، فيما لا تخلو منه القوانين عادة، وإنما ذلك لأن الحاجة إلى ضبط المصطلحات والألفاظ، لأهمية هذا الضبط فى تحديد الحقوق والواجبات والمسئولية. ويتضح لجوء القوانين إلى التعريفات بالنظر فيما تضمنته الفقرة الأولى من المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى التى عرفت الموطن بأنه: «هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة»، وتعرف المادة ١٦ من قانون العقوبات المصرى عقوبة السجن بأنها «هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية، وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة المدة المحكوم عليه بها». أما المادة ١٨ من القانون المذكور فتعرف عقوبة الحبس بأنها: «هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا أن تزيد عن ثلاث سنين..».

ويجب الالتفات إلى مسلك القوانين فى التعريف بذكر الأنواع، مثلما هو الحال فى المادة ١٩ من قانون العقوبات المصرى، والتى تتضمن النص على أن عقوبة الحبس نوعان: الحبس البسيط، والحبس مع الشغل.

ويفيد ذكر هذه التعريفات ضمن مواد القانون ضبط المفاهيم وتحديد المصطلحات وتوحيد الفهم، فضلاً عن توفير الجهد بالاستغناء عن تكرار التعريف فى المناسبات المختلفة التى قد يتكرر ورود المصطلح المعرف فيها.

والقاعدة التى سبقت الإشارة إليها فيما ذكره الزنجانى أنه إذا دار اللفظ بين معناه الشرعى ومعناه اللغوى ترجح حمله على المعنى الشرعى دون الوضع اللغوى [1].

الثانى: إدراك الترابط بين أجزاء النص وعدم الوقوف عند تفسير كل جزء من العبارة على حدة، ذلك أن تفسير جزء من النص دون وعى بسائر أجزائه يؤدى

---

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ٢٧٢.

إلى فهم مبتور ومشوش أحياناً ويلح على فى توضيح هذا الأساس الإشارة إلى قوله تعالى فى آية المداينة ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾، ذلك أن جمهور الفقهاء قد فهموا من هذا أن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل فى القضاء باقتطاع هذا الجزء من الآية عن سائرها، مع أن النظر إلى سياق الآية يدل على أن هذه الشهادة المطلوبة لتوثيق الديون المؤجلة فى حالة نشوئها، وتتميز هذه الحالة بالسعة والاختيار ، إذ يستطيع الدائن اختيار الشهود الذين يثق فى تحملهم وأدائهم، أما حال القضاء فهو حال ضيق واضطرار، ولذا يجوز للقاضى أن يعتمد على شهادة النساء وحدهن فى الأمور التى ينفردن فى الغالب بمشاهدتها والاطلاع عليها، كالولادة وإثبات حياة الجنين بعد ولادته، كما يجوز للقاضى الاعتماد على شهادة امرأة واحدة فى التعزيزات، وهى العقوبات التى ليست من الحدود. وإذا جاز للقاضى الاعتماد على شهادة امرأة واحدة فى العقوبة بالتعزير ، فإنه يجوز له من باب أولى الاعتماد على مثل هذه الشهادة، فى إقرار الحقوق والحكم بها، إذا اطمأن لها القاضى، وذلك بوجود مؤيدات أخرى.

وينطبق هذا فى القانون أيضاً، من ذلك أن كلمة الاختلاس قد ترددت فى عدد من مواد القانون الجنائى المصرى (م١١٢ ـ ١١٣، ٣١١، ٣٢٣، ٣٤١) ، ولا يمكن تحديد معنى هذه الكلمة بدقة إلا بضم هذه السياقات المختلفة جميعها، والوصول إلى العناصر المشتركة من بينها. والذى يبدو أن العنصر المشترك فى هذه السياقات هو التخفى والسرية فى الفعل المكون للجريمة. أما محل هذا الفعل فقد يتعلق بالألقاب والوظائف والأموال والوثائق والمستندات. ولا يخفى أن النظر فى هذه السياقات مجتمعة هو الذى يؤدى إلى تحديد المفهوم العام للاختلاس ، لموازنته بالسرقة وتحديد ما يشتركان فيه، وما يتميز به كل منهما عن الآخر، ومعرفة علاقة كل من الاختلاس والسرقة فى الاصطلاح القانونى بالسرقة فى

الاصطلاح الفقهى (التى يلزم أن ترد على أخذ مال الغير وأن يكون هذا الأخذ على وجه الخفية، بخلاف الغصب الذى يتميز عن السرقة بأن أخذ مال الغير لا يكون بهذا الوجه).

الثالث: معرفة مقصود الشرع والغايات التى أرادها، إن قوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ يفيد بوجه العبارة وجوب إعطاء الصداق إلى النساء لا إلى أوليائهن على سبيل الهدية والهبة، ولا يمكن فهم هذا الأمر إلا بمعرفة غرض الشارع ومقصوده والأوضاع الاجتماعية التى أراد تغييرها. وإنما هدف الشارع الى تغيير وضع المرأة التى كان مركزها فى الزواج هو مركز السلعة فى البيع، وأن الزوج كان يأخذها من وليها مقابل المهر الذى يعطيه له. والذى يبدو أن الأسلوب الذى اتبعه الشارع لتحقيق هذا الهدف مزدوج من أمرين، أولهما بيان أن الصداق حق للزوجة ، هى التى تملكه، ولهذا يجب إعطاؤه إليها، والثانى أن هذا الصداق نحلة وهبة يعطيها الزوج لزوجته، ويترتب على الأول أن الامتثال يتحقق بإعطاء المهر فى يد ولى الزوجة ، لأن هذا التوجيه متعلق بتعيين المالك للمهر وليس المتسلم، وطبقاً لذلك فإن الزوجة هى التى تتملك المهر حتى لو دفعه الزوج لوليها.

والأمر فى القانون على هذا أيضاً، إذ إن تفسير النصوص التشريعية لا يتضح فى أحوال كثيرة إلا بمعرفة مقصود النص والوضع الذى أراد تجنبه، وعلى سبيل المثال فإن الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه : «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً»، ولكن دلالة هذا النص وما سبق له بوجه العبارة، لايتضح إلا إذا عرفنا مقصوده ، وهو رفع الغرر والجهالة عن محل العقد حتى تتضح حقوق أطراف التعاقد وواجباتهم، وحتى يمكن الوفاء بهذه الالتزامات، وسبيل ذلك فيما أخذت به هذه المادة هو تعيين كل التعاقد أو المعقود عليه، وتحديداً واضحاً لا لبس

فيه، وذلك بتعيين ذاته إن كان حاضراً فى مجلس العقد أو بتعيين نوعه ومقداره وصفته مما يحصل به العلم بموضوع العقد ومحله.

ومجمل القول فى دلالة «عبارة النص» أن لكل نص من النصوص التشريعية دلالته بهذا الوجه ، لأن المفترض أن هذه النصوص قد صيغت بدقة لتحقيق مصالح معينة ولدفع أضرار محددة، وهذا الذى سيق له النص ويدل عليه هو ما يستفاد من عبارة النص.

ثانياً - إشارة النص :

هو المعنى الذى لا يتبادر من صيغة النص ولا يدل عليه بعبارته، ولكنه يفهم منه ويلزم عنه. وتفترق إشارة النص عن عبارته فى أن المعنى الذى يستفاد بالإشارة غير مقصود من سوق النص. من ذلك ما فهمه البعض من قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾، إذ هو يدل بعبارته على وجوب اختبار اليتيم وتدريبه على التصرفات المالية وعلى وجوب دفع ماله إليه عند بلوغه الرشد، وحسن التصرف فى المال. ويدل هذا النص بإشارته فيما فهمه بعض الفقهاء على أن للنكاح سناً معينة، حتى إنه لا حق للأولياء فى زواج الصغار الذين لم يبلغوا هذه السن.

ومنه كذلك فى بيان ميراث الأم أنها تستحق السدس إذا وجد عدد من الإخوة. وفى هذا جاء قوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾. ويدل النص بعبارته على أن السدس هو ميراث الأم فى وجود العدد من الإخوة، ويفيد النص بإشارته أن الأم لا تحجب الإخوة، لأنهم هم الذين أثروا فى نصيبها وما تستحقه فى ميراثها.

ومنه كذلك قوله فى بيان المستحقين للغنائم: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾، فإن النص يدل بعبارته على استحقاق المهاجرين

فيما يغنمه الجيش المسلم باعتبارهم من الفقراء. لكنه يدل بإشارته على عدم ملكية هؤلاء المهاجرين لما كان لهم من مال قبل الهجرة، وانتقال ملكية أموالهم إلى غير المسلمين الذين استولوا عليها، بدليل وصفهم بالفقراء، ومعناه أنه لا مال لهم.

ويدل قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾ من جهة عبارة النص على أن نفقة الأمهات واجبة على الآباء. ويدل النص بإشارته على ثبوت نسب الابن من الأب، لأنه هو المولود له، كما جاء في الآية، فاللام تفيد الاختصاص، وبهذا فإن الابن مختص بالأب، ويدل النص من جهة الإشارة كذلك على أن نفقة الابن واجبة على الأب، وكذلك فإن النص يدل من جهة الإشارة على أن للأب أن يأخذ من مال الابن وما يزيد عن حاجته إليه، وذلك لأن اللام المفيدة للاختصاص تدل على أن الابن تبع لأبيه ومنتسب إليه وهو كالجزء منه، فيحق له عند الحاجة أن يأخذ ما يحتاج إليه من مال ابنه.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ وقوله في آية أخرى ﴿وفصاله في عامين﴾ فدل من جهة الإشارة على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر.

ومن الواضح أن فهم دلالة الإشارة ال نص من النصوص يستلزم جهداً وتأملاً ومعايشة للنص أكثر مما هو لازم لفهم ما تدل عليه عبارته وصيغته ولفظه. ولا شك في أن القضاة يستندون في أحكامهم إلى إشارات النصوص في أحيان كثيرة. من ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٦ من مرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تضمنت أن : « على القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه نفقة مؤقتة بحاجتها الضرورية».

ويدل هذا النص بعبارته على جوب فرض نفقة مؤقتة للزوج ولصغارها منه عند اطمئنان القاضي إلى قيام سبب استقاق النفقة وتوافر شروط هذا الاستحقاق.

ويدل هذا النص بعبارته على أن هذه النفقة مقدرة لسد الحاجات الضرورية، وهي النفقة التي تفرض لزوجة المعسر، وهي ما يعبر عنها بنفقة الفقراء.

ومن جهة أخرى فإن هذا النص يدل بإشارته على أن هذه النفقة تستحق من تاريخ الحكم بها، لا من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق، فلا تشمل النفقة المؤقتة الفترة السابقة على صدور الحكم (متجمد النفقة)، لأن المؤقتة قد شرعت لسد الحاجة الضرورية، وقد اندفعت في الماضي فلا يقضى على الزوج بها.

ومنه كذلك أن المادة الرابعة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات قد نصت على الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه من المرتبات أو الأجور أو المعاشات بالنسب التالية :

- ٢٥٪ للزوجة أو المطلقة ، وفي حالة وجود أكثر من واحدة يوزع هذا القدر بينهن بنسبة ما حكم به.
- ٣٥٪ للابن الواحد أو أكثر، على أن يوزع بينهم بنسبة ما حكم به لكل منهم.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تجاوز النسبة التي يجوز الحجز عليها ٤٠٪ أيا كان دين النفقة المحجوز من أجله.

وقد نصت المادة الثامنة من هذا القانون على أنه : «وفي حالة التزاحم تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الابناء فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى».

وتدل هاتان المادتان بعبارتهما على أحكام عديدة، منها نسب الحجز المقررة على المرتبات والمعاشات (٢٥٪ للزوجة أو المطلقة - ٣٥٪ للابن الواحد أو أكثر)، ومنها تحديد الأولويات في الاستحقاق من هذه النسب، ومنها أنه لا يجوز الحجز على أكثر من نسبة ٤٠٪ من راتب الموظف أو معاشه أو الأجر الذي يحصل عليه.

ومن جهة أخرى فإن هاتين المادتين تدلان بإشارتهما على أحكام أخرى عديدة، منها أنه لو وجد ابن مستحق للنفقة ، وحجز له على نسبة ٣٥٪ من المرتب فإنه لا يبقى إلا ٥٪ من نسبة ٤٠٪ التي لا يجوز الحجز على نسبة أكبر منها، فلو استحق النفقة أحد الأقارب من غير الأبناء لم يحجز له من المرتب أو المعاش أو الأجر إلا على ما يمثل نسبة ٥٪.

وتدل هاتان المادتان بوجه الإشارة كذلك على أن نسبة ٤٠٪ من المرتبات والمعاشات التي يجوز الحجز عليها خاصة بديون النفقات، أما الديون الأخرى غيرها فتظل بنسبة الربع هي التي يجوز الحجز عليها، «وفقاً لما تقرره التشريعات السارية بالنسبة لسائر الديون التي يجوز الحجز من أجلها» [1].

ومما تدل عليه المادتان بوجه الإشارة أن الحجز على ما يزيد عن هذه النسب المقررة يكون باطلاً في حدود الزيادة وحدها ، ويصح فيما يتعلق بالنسبة المحددة قانوناً وهي نسبة ٤٠٪ .

ولعل هذه الأمثلة أن توضح لنا أهمية المدلولات التي يفيدها النص بإشارته وإيماءاته في التطبيق القانوني.

ثالثاً - اقتضاء النص :

هي دلالة الجملة على أمر لم ينطق به المتكلم لتوقف صلاحية الجملة في دلالتها على معناها على تقدير هذا الأمر.

ويعرفه التفتازاني بأنه «دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته شرعاً أو عقلاً» [2].

---

(١) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، ١٩٩٦، ص ٦٠٥.

(٢) التلويح ١/١٣٧.

ويطلق على هذا الأمر الواجب التقدير المقتضى - بفتح الضاد .

ويطلق على الدليل الموجب للتقدير المقتضى - بكسر الضاد.

ومن هذا يتضح أن اقتضاء النص هو دلالة الكلام على أمر مسكوت عنه، ويلزم تقديره حتى يستقيم الكلام ويفهم معناه.

من ذلك أن قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ يقتضى تقدير أمر هو الزواج، فيصير المعنى حرم عليكم زواج أمهاتكم.

من ذلك أن قوله ﷺ : «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» لا يفهم إلا بتقدير مرفوع هو الإثم، فإن الخطأ نفسه لا يرتفع بعد وقوعه، لأنه وقع وانتهى وإنما الذى يرتفع هو حكمه الذى يوجبه وهو الإثم.

ومن ذلك قوله ﷺ : «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل»، «فقد نفى الصوم وليس المراد نفسه، بل المراد حكمه وقبوله، فوجب الإمساك على من لم يبيت النية من الليل باقتضاء النص وضرورته»[1].

ومنه كذلك قوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»، فإن من اللازم فهم ذلك بمعنى أنه لا ضرر ولا ضرار يترك على حاله، وإنما يجب تعويض من يلحق الضرر بنفسه أو ماله أو أى حق من حقوقه، وإنما اضطررنا إلى هذا التقدير لأن نفى الضرر والضرار لا يتعلق بنفى وجودهما فى الواقع، إذ المشاهد أن الضرر موجود فى الواقع فيبقى اختصاص النفى بأمر آخر غير الوجود فى الواقع، وهو الترك دون تعويض أو عمل على رفعه بأى طريق.

ومنه كذلك قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» إذ يلزم تقدير المعنى على أنه: إنما حكم الأعمال بالنيات، وتطبيقاً عليه فإن من يقتل شخصاً على سبيل

---

(1) المستصفي ١٨٩/٢.

العمد يكون حكمه القصاص أما من يقتل على سبيل الخطأ فإنه لا يعاقب بهذه العقوبة وتجب الدية.

عموم المقتضى :

إذا كان الذى يصح أو يجب تقديره (المقتضى) عدة أمور يختلف معنى الكلام باختيار أى منها فمذهب الشافعية تقدير جميعها وعمومه فيها حتى يشملها كلها. ويخالف الأحناف فى هذا ويوجبون الاكتفاء بإثبات أمر واحد، لأن المقتضى وجب تقديره للضرورة، وتندفع الضرورة بتقدير أمر واحد ليصبح الكلام مفيداً.

ومن نتائج هذا الخلاف:

أن قوله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» يقتضى تقدير أمر ليصح الكلام، وهو الإثم وحده فى تقدير الأحناف. ولذا لو طلق زوجته وهو مكره فلا إثم عليه شرعاً، غير أن الطلاق يقع ، لأن المرفوع هو الإثم وحده.

أما الشافعية فلا يحصرون المقتضى فى الإثم ويقدرون مقتضى آخر هو الحكم الدنيوى، ويجعلون المقتضى فى ذلك كلا من الإثم الأخروى، والحكم الدنيوى، ولذا لا يحكمون بوقوع طلاق المكره. ويستدلون لحكمهم هذا بما روى «أن رجلاً على عهد عمر بن الخطاب تدلى بحبل ليشتار (أى يجنى) عسلاً، فأتت امرأته فجلست على الحبل، فقالت: ليطلقها ثلاثاً وإلا قطعت الحبل، فذكرها الله والإسلام، فأبت، فطلقها ثلاثاً، ثم خرج إلى عمر فذكر ذلك له فقال: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق» [1].

ولا غنى فى تفسير النصوص التشريعية عن إعمال دلالة الاقتضاء وتقدير

---

(1) نيل الأوطار ٦/٢٥٠.

الأمر المحذوف حتى يستقيم الكلام ويفيد المعنى المراد منه. وإنما لا يجرى ذكر هذا المحذوف عند صياغة النص لأسباب تتعلق باللغة وأساليبها فى التعبير والبيان والاعتماد على القرائن، وتركيز المعنى والاختصار دونما تضحية بالوضوح لوجود القرائن اللازمة لاستدعاء القارئ أو المخاطب بالنص هذا المحذوف.

ومن أمثلة دلالة الاقتضاء ما تضمنته (الفقرة الأولى من المادة ١١١ من القانون المدنى المصرى التى جاء فيها النص على أنه: «إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية **(أى بأن يكون طرفاً فى التعاقد)** صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً»، وذلك كقبوله الهبة أو الوصية، إذ يلزم تقدير ما بين القوسين حتى يمكن فهم مدلول هذه الفقرة. وكذلك فإن الفقرة الثانية من المادة نفسها تنص على أنه: «أما التصرفات المالية **(أى فى التعاقد كذلك)** الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر **(أى من جهة وليه)**. ويلزم تقدير ما بين الأقواس حتى يستقيم الوصول إلى معنى هاتين الفقرتين.

ويجب التنبيه عند قراءة النصوص التشريعية لتدبر ما اقتضاه نظام اللغة من حذف وإقامة القرائن فى التعبير لفهم هذه النصوص، ولهذا كانت الثقافة اللغوية الواسعة من أوجب ما تستلزمه الدراسات القانونية والفهم القانونى للنصوص التشريعية.

ويضرب المستشار بدر المنياوى مثالاً لدلالة الاقتضاء لا بأس بنقله هنا، يقول: «فمن دلالة الاقتضاء التى هى دلالة النص على أمر (محذوف) يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً (قانوناً) ما جاء فى نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات فى قولها: «يوجد اتفاق جنائى كلما اتفق شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما» ، فالمشرع لا يعنى هنا اتحاد النيتين، وإنما يقصد اتحاد إرادتهما، مما يلزم عنه اقتضاء تقدير كلمة إرادة حتى يستقيم الكلام، وليكون المعنى: يوجد اتفاق جنائى كلما اتحدت إرادة شخصين أو أكثر. وهذا هو ذات

المعنى الذى أخذت به محكمة النقض حين قالت: «إنه لا يشترط لتكوين جريمة الاتفاق الجنائى المنصوص عليها فى المادة ٤٨ من قانون العقوبات أكثر من اتحاد إرادة شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة» [1].

وأود - أن أؤكد - أهمية الالتفات إلى كثرة وقوع الحذف والتقدير فى النصوص التشريعية وغيرها، مما يقتضيه نظام اللغة فى التعبير، حيث يجرى البيان اللغوى فى العادة على عدم الإسراف فى استخدام الكلمات، وحذف ما يمكن للمخاطب فهمه بالاعتماد على وعيه بالسياق اللغوى والقرائن المختلفة، وأكثر النصوص القانونية مما عساه أن يعتمد فهمه على تقدير المقتضيات المحذوفة، حتى ما قد لا نفطن إليه منها لشدة وضوحه، من ذلك أن المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصرى تنص على أن : «من واقع أنثى بغير رضائها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة». ثم يأتى فى المادة ذاتها النص على أنه: «إذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة»، ومن الواضح أننا يجب أن نقرأ ما جاء فى المادة المذكورة من أول: «فإذا كان الفاعل»، بما يتضمن: فإذا كان الفاعل لهذه المواقعة بغير رضاء الأنثى، ولا تنتهى الأمثلة التى يمكن حشدها لوقوع دلالة الاقتضاء فى النصوص التشريعية.

رابعاً- دلالة النص أو مفهوم الموافقة:

هى دلالة اللفظ على الحكم فى مسألة مسكوت عنها لاشتراكهما فى المعنى الذى شرع من أجله هذا الحكم.

من ذلك أن قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى

(١) المستشار بدر المنياوى، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية فى ضوء أصول الفقه، ص ٤٤.

الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ يدل بصيغته على حرمة أكل مال الغير أو الاستيلاء عليه أو غصبه وأخذه.

غير أنه يدل بوجه دلالة النص على أن الإحراق لمال الغير أو إتلافه داخل في النهي كذلك. غير أن هذه الدلالة لم تكن بعبارة النص ولا بإشارته ولا باقتضائه ولكن بدلالته.

ومنه كذلك قوله تعالى في معاملة الوالدين عند الكبر: ﴿إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾؛ فإنه يدل بعبارته على حرمة التأفيف أو النهر لهما أو الغلظة في القول. ويستفاد بدلالة هذا النص أنه لا يجوز الإيذاء بالسب أو بالضرب وما هو أبلغ في الإيذاء من الغلظة أو التأفيف. ويبدو لي أن توجه النص بالحكم للرجال ودلالته عليهم بعبارته إنما يشرك النساء في الحكم نفسه بدلالة النصوص على دخولهن في الخطاب مع الرجال.

وهذه الدلالة تسمى عند الشافعية مفهوم الموافقة، ومعناها ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاتفاقهما في العلة واشتراكهما في معنى يدرك بمجرد معرفة اللغة دون حاجة إلى نظر واجتهاد.

ويطلق البعض على دلالة النص : دلالة الدلالة، لأنها تؤخذ من معنى النص لا من لفظه ، ويسميها آخرون: فحوى الخطاب أي معناه وما يدل عليه ، لأن الفحوى هو المعنى، كما يسميها آخرون: لحن الخطاب واللحن هو المعنى كذلك [1].

---

[1] جمع الجوامع لابن السبكي ٢٤١/١، حيث يميز بين لحن الخطاب وفحواه بأنه إن كان المعنى المسكوت عنه كالضرب أوضح من المنطوق به في النهي عن التأفيف للوالدين فهو فحوى الخطاب وإن كان المسكوت مساوياً للمنطوق فهو لحن الخطاب.

نوع دلالة النص أو مفهوم الموافقة:

وإذا اتفق الجميع على قوة دلالة النص أو مفهوم الموافقة ووجوب العمل به فقد اختلفوا في تحديد نوع دلالته إلى الآراء التالية:

١ـ ذهب الأحناف وبعض الشافعية إلى أن الثابت بدلالة النص ثابت بظاهر النص نفسه لا بالقياس عليه، لأن المعنى الذى يربط بين الأصل والفرع يثبت فى القياس بالرأى والاجتهاد. أما إدراك هذا المعنى فى الدلالة فيثبت بمعرفة المعنى اللغوى وفهمه وتفسيره. ولهذا فإن تحريم الشتم والضرب للوالدين بمجرد تحريم التأفيف يفهمه كل من له معرفة باللغة ولا يحتاج فى هذا الإدراك إلى قياس واجتهاد.

٢ـ مذهب الشافعى وبعض المتكلمين اعتبار هذا النوع من الدلالة من قبيل القياس الأولى أو المساوى، وهما قسماه : القياس الجلى وهو الذى تكون فيه علة الفرع مساوية أو أقوى فى الظهور لعلة الأصل. ويؤكدون رأيهم هذا بأن مفهوم الموافقة يتضمن إلحاق المسكوت عنه للمنطوق به فى الحكم لاشتراكهما فى علة الحكم ومعناه، وليس القياس إلا هذا. غير أن وضوح العلة فى الفرع بنفس درجة وضوحها فى الأصل أو أكثر جعل المفهوم يرتفع إلى مرتبة القياس الجلى.

ويبدو أن هذا الخلاف فى تحديد نوع دلالة النص وكونها دلالة لفظية أو قياسية قد أثير منذ أيام الشافعى، إذ يشير فى رسالته إلى أن القياس درجات أعلاها أن يحرم الله فى كتابه أو يحرم رسوله القليل من الشئ فيعلم أن الكثير حكمه كذلك أو أن يباح الشئ الكثير فيعلم إباحة القليل منه. من ذلك أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرم من المؤمن دمه وماله وأن يظن به إلا خيراً»، فإذا حرم الظن بالمسلم ظناً سيئاً كان ما هو أكثر من الظن كالتصريح أولى فى التحريم. وكذلك فإن الله تعالى قال: ﴿من يعمل مثقال ذرة خيراً يره. ومن يعمل مثقال ذرة شراً

يره﴾، فينتقل الذهن إلى أن الذى يعمل أكثر من الذرة سوف يراه أيضاً.

وينبه الشافعي إلى آراء مخالفيه في اعتبارهم هذه الدلالة لفظية بقوله: «وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمى هذا قياساً، ويقول: هذا معنى ما أحل الله وحرم وحمد وذم لأنه داخل في جملته فهو بعينه قياس على غيره. ويقول مثل هذا القول في غير هذا مما كان في معنى الحلال فأحل والحرام فحرم».

ويشير إلى رأى المخالفين لهؤلاء بقوله: «ويقول غيرهم من أهل العلم ما عدا النص من الكتاب والسنة فكان في معناه فهو قياس»[1]. وعلى الرغام من إحساس الشافعي بأهمية تسجيل الخلاف حول نوع دلالة النص أو مفهوم الموافقة واعتبارها دلالة لفظية أو قياسية فقد أوضح الجوينى والغزالي أن الخلاف نظرى ولا يزيد عن كونه خلافاً في التسمية والاصطلاح.

وقد اعتبر ابن حزم مفهوم الموافقة من القياس ورده للأسباب التى يبطل بها القياس عنده، يقول: «وقد شغب أصحاب القول بالقياس بأشياء موهوا بها، فمما شغبوا به أن قالوا: قال الله عز وجل «ولا تقل لهما أف» فوجب إذن بالمنع من قول «أف» للوالدين أن يكون ضربهما أو قتلهما أيضاً ممنوعاً، لأنهما أولى من قوله «أف»[2].

ويرد ابن حزم هذا الاستدلال على اعتباره من القياس أو من مفهوم الموافقة بقوله: «أما قول الله تعالى «فلا تقل لهما أف» فلو لم يرد إلا هذه اللفظة لما كان فيها تحريم ضربهما ولا قتلهما، ولما كان فيها إلا تحريم قول (أف) فقط، ولكن لما قال الله تعالى في الآية نفسها ﴿وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً. واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيراً﴾ ،

---

(١) الرسالة ٥١٤ وما بعدها.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٩٣١/٧.

اقتضت هذه الألفاظ الإحسان والقول الكريم وخفض الجناح والذل والرحمة لهما والمنع من انتهارهما وأوجبت أن يؤتى إليهما كل بر وكل خير وكل رفق. فبهذه الألفاظ وبالأحاديث الواردة في ذلك وجب بر الوالدين بكل وجه وبكل معنى، والمنع من كل ضرر وعقوق بأى وجه كان ، لا بالنهى عن قول أف. وبالألفاظ التى ذكرنا وجب ضرورة أن من سبهما أو تبرم عليهما أو منعهما رفده فى أى شئ كان فلم يحسن إليهما ولا خفض لهما جناح الذل من الرحمة [1].

ولا غنى للمشتغل بالعمل القانونى عن تتبع دلالات النصوص التشريعية بصيغتها أو بفحواها وروحها، وهذه الفحوى أو الروح هى ما يطلق عليه الأصوليون «مفهوم الموافقة»، ولا يجد المتأمل لهذه النصوص عناء فى إدراك المفهوم الموافق للمنطوق فى أحوال كثيرة. من ذلك أن المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات تنص على أن : «كل من هتك عرض صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانى عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس، وإذا كان سنه لم يبلغ سبع سنين كاملة تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة».

ومن هذا يتضح أن العقوبة قد زادت لصغر سن المجنى عليه وعدم بلوغه سبع سنين، وذلك للحاجة إلى تشديد الحماية فى حقه ومنع الغير من الاعتداء عليه، خاصة وأنه لا يستطيع دفع مثل هذا العدوان، بل لا يتمكن من فهم طبيعته ولا تقدير نتائجه.

وينطبق ذلك فيما يبدو لى على المجنون والمعتوه وفاقد الإدراك لأى سبب من الأسباب من باب أولى، لأن الصغير وهو دون السبع سنين يميز نوعاً من التمييز القاصر أو الناقص. أما المجنون والمعتوه وفاقد الإدراك فهم لا يميزون، ولذا كانت الحاجة إلى حماية هؤلاء أشد، أو مساوية فى الأقل، من الحاجة إلى حماية

(١) السابق ١٣٢/٧.

الصغار ممن هم دون السبع سنوات، ولذا وجب تغليظ العقوبة على الجانى المعتدى على أى من هؤلاء، ومعاقبته بالأشغال الشاقة المؤقتة .

والعقوبة الحدية فى الشريعة الإسلامية فى مثل هذه الحالة هى العقوبة المعروفة على جريمة الزنا إن ثبتت بالإقرار أو بشهادة أربعة شهود يرون الفعل ذاته، ولا مانع من فرض هذه العقوبة التعزيزية إن لم تثبت الجريمة بأى من هذين الأسلوبين (الإقرار، شهادة الشهود الأربعة) .

وكذلك فإن المادة ٢٧٦ تحدد الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا وهى «القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم» .

ومن هذا يتضح أن المادة حددت الأدلة على جريمة الزنا بأنها هى التلبس أو الاعتراف فى خطابات المتهم أو أية أوراق أخرى أو الوجود فى المنزل المخصص للحريم الذى لا يسمح لأحد بالوجود فيه، وتدل هذه المادة بفحواها على إثبات الزنا بقرائن أخرى أقوى من مجرد الوجود فى إثبات هذا الفعل، كهروب الزوجة وحياتها مع الجانى فى مكان واحد فترة من الوقت، أو تكرر ذهابها إليه فى وقت ومكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما.

ولا شك فى أن هذا كله مما يدل على وقوع الجريمة من باب أولى لأنهما أوضح، مما دل عليه نص المادة المذكورة من وسائل فى إثبات هذه الجريمة.

ومن أمثلة مفهوم الموافقة وثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه بوجه التساوى فى علة الحكم ومقصوده أو من باب أولى، فيما ذكره المستشار بدر المنياوى «ما تدل عليه المادة ٢٨٢ عقوبات من سريان حكم القبض المنطوق به على الحجز والحبس المسكوت عنه، لاشتراكهما معه فى علة تشديد العقوبة مما هو مفهوم بمجرد فهم اللغة، بل إن علة التشديد موجودة بشكل أوضح فى الحجز والحبس ، إذ لا ريب أن حرمان الشخص من حريته يتوافر فى الحجز والحبس

بشكل أو فى مما يتوافر به فى القبض وبالتالى فإن النص يدل من باب أولى على انطباق حكمه على حالتى الحجز والحبس المسكوت عنهما. وفى ذلك تقول محكمة النقض إن المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات تنص على عقاب كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك، وفى غير تلك الأحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح. أما المادة ٢٨٢ فتنص فى الفقرة الأولى على أنه إذا حصل القبض فى الحالة المبينة بالمادة ٢٨٠ من شخص تزيا بدون حق بزيا مستخدمى الحكومة أو اتصف بصفة كاذبة أو أبرز أمراً مزوراً مدعياً صدوره من طرف الحكومة، فإنه يعاقب بالسجن، كما تنص فى الفقرة الثانية على أنه يحكم فى جميع الأحوال بالأشغال الشاقة المؤبدة على من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية. ولما كان القبض على شخص هو إمساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول، وكان حبس الشخص أو حجزه يعد حرماناً له من حريته فترة من الزمن، وكانت هذه الأفعال تشترك فى عنصر واحد هو حرمان الشخص من حريته وقتاً طال أو قصر، فإنه يتعين القول بأن الشارع يعتبر كل حد من حرية الشخص فى التحرك ـ سواء عد ذلك قبضاً أو حبساً أو حجزاً ـ يعاقب عليه فى كلتا المادتين ٢٨٠ ، ٢٨٢ فتوقع عقوبة الجنحة فى الحالة المبينة فى المادة الأولى وعقوبة الجناية فى الأحوال المبينة فى المادة الثانية بفقرتيها. والقول بغير ذلك يتجافى مع المنطق، فإ نه ليس من المعقول أن يكون الشارع قد قصد بالمادة تغليظ العقوبة فى حالة القبض مع أنه أخف من الحجز والحبس»[١].

---

(١) المستشار بدر المنياوي، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي ص ٤٧. ونص المادة رقم ٢٨٠ عقوبات ، كل من قبض على أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أ حد الحكام المختصين بذلك، وفي غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذي الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً مصرياً.

ومن دلالة مفهوم الموافقة كذلك ما جرى به قضاء النقض فى كثير من أحكامه أنه حيث ينغلق باب الطعن بطريق الاستئناف لا يجوز من باب أولى الطعن بطريق النقض[1].

ومن دلالة مفهوم الموافقة كذلك أن الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ مدنى مصرى تنص على أن: «حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر». ويتفق معه إثبات المسئولية على هذا الحارس لو كان هو المالك، أو لو كان هو الذى أمر بهدم البناء، أو هو الذى تولى هدمه بنفسه، دون أن يتخذ من التحوط ما يمنع وقوع الضرر بالغير. ومن الواضح أن إثبات المسئولية فى هذه الأحوال المسكوت عنها أولى من إثباتها فى الحالة المنطوق بها.

ولا يغيب عن البال أن الاستناد إلى مفهوم الموافقة مما لا غنى عنه، لأنه يوسع مجال عمل النصوص وتطبيقها لتشمل أحوالاً أخرى غير منصوص على حكمها. ولا شك فى أن الاقتصار على إعمال المنطوق وحده دون المفهوم الموافق مما يتناقض مع إرادة المشرع، ولا يتفق مع مقصوده، وإلا فكيف يسوغ العقاب بالأشغال الشاقة المؤقتة على القبض على إنسان بالشكل الذى بينته المادة ٢٨٢ دون حبس هذا الإنسان وحجزه مدة طويلة أو قصيرة. ولذا يلزم إعمال مفهوم الموافقة، وهذا مما لا خلاف عليه بين جمهور الأصوليين، وإنما الخلاف بينهم فى اعتباره من قبيل المنطوق ودلالة اللفظ عليه بصيغته أو أنه من قبيل المفهوم الذى سكت عنه النص ولم يشمله، وافتقر إلى نوع اجتهاد للوصول إليه.

= ونص المادة ٢٨٢ عقوبات أنه: «إذا حصل القبض في الحالة المبينة بالمادة ٢٨٠ من شخص تزيا بدون وجه حق بزيا مستخدمي الحكومة أو اتصف بصفة كاذبة أو أبرز أمراً مزوراً مدعياً صدوره من طرف الحكومة يعاقب بالسجن، ويحكم في جميع الأحوال بالأشغال الشاقة المؤقتة على من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية». والحاصل أن العقوبة الواجبة على القبض بدون وجه حق في الأحوال المبينة بالمادة ٢٨٢ تتعدى إلى ما هو مسكوت عنه في هذه المادة من الحجز أو الحبس.

(٢) المرجع السابق.

ويتوقف إدراك دلالة مفهوم الموافقة على معرفة علة الحكم المنصوص عليه ومقصود الشارع من الحكم، فإننا لو لم ندرك أن هدف الشارع من النهى عن التأفيف للوالدين هو النهى عن إيذائهما لما أدركنا تحريم الرد عليهما بصوت مرتفع، لأنه لا يدخل فى التأفيف المنهى عنه. وكذا فإننا لو لم ندرك أن القصد من العقوبة بالأشغال الشاقة المؤقتة على القبض على إنسان بغير حق هو حماية حرية الإنسان ومنع تقييد حركته لما ألحقنا به العقوبة على حجزه أو حبسه بغير حق كذلك.

ولا يخفى إدراك أهمية مفهوم الموافقة وكثرة وقوعه فى تفسير النصوص التشريعية.

خامساً - مفهوم المخالفة:

هو الاستدلال بتخصيص شئ بالذكر على نفى الحكم عما عداه. ذلك أنك إذا قلت أعطيت الطلاب المتفوقين جائزة، فمعناه أنك اختصصت إعطاء الجائزة بالمتفوقين وأن من عداهم من غير المتفوقين لم يحصلوا على الجائزة. وإنما كان ذلك مفهوماً من تخصيص الحكم بوصف هو التفوق فدل على نفى الحكم بمخالفة هذاالوصف، وإنما سمى مفهوم مخالفة تمييزاً له عن مفهوم الموافقة، ولأنه يقوم على نفى الحكم فى غير الأحوال المخصصة لذلك.

حجيته وحكم الاستدلال بهذا المفهوم:

اختلف العلماء فى حجية مفهوم المخالفة، إذ رضيه دليلاً على الحكم كل من مالك والشافعى وأصحابهما، على حين رفضه كل من أبى حنيفة والمعتزلة وبعض أصحاب الشافعى.

ويستدل الرافضون لحجية مفهوم المخالفة بأن المخالف مسكوت عنه فلا يدخل فى اللفظ بحال. ذلك أنك إذا قلت جاء الرجل الطويل فلا يعنى ذلك

نفي مجيء الرجل القصير، وإنما يعني الإخبار عن مجيء الطويل، أما القصير فمسكوت عنه ولم يرد بشأنه شيء، فيحتمل أن يكون القصير جاء هو الآخر أو لم يجيء، مما لا يتعلق غرض المتكلم بالإخبار عنه على أي نحو، ولذا صح أن تسأل: وهل جاء القصير؟ ولو دلت العبارة السابقة على عدم مجيء الرجل القصير لم يصح أن تسأل عنه، ويوضح الغزالي ذلك بأن قولك رأيت زيداً لا يتضمن نفي رؤيتك عمراً أو علياً.

أما المثبتون لحجية مفهوم المخالفة فيستدلون على هذه الحجية بالأدلة التالية:

١ـ احتجاج علماء اللغة به واستنادهم إليه، فقد ذهب أبو عبيد في تفسير قوله ﷺ «مطل الغني ظلم» إلى أنه يدل على أن مطل غير الغني ليس بظلم، وقد استدل الشافعي على رؤية المؤمنين ربهم يوم القيامة بنفي هذه الرؤية في حق غير المؤمنين طبقاً لما يفيده قوله تعالى: ﴿كلا إنهم عن ربهم يومئذ لمحجوبون﴾.

٢ـ لو لم يكن المفهوم المخالف معتداً به ومستنداً إليه لما كان لذكر القيد في النص من معنى، فإذا قلت زرني يوم الخميس كان معناه أنك لا تبغي موافقتك على الزيارة في غيره، وإلا لم يكن هناك معنى للتقييد بالظرف.

٣ـ استند الصحابة إلى مفهوم المخالفة في عدد من الأحكام التي انتهوا إليها. من ذلك أن ابن عباس استند إلى قوله ﷺ: «إنما الربا في النسيئة» على نفي ربا الفضل. وكذا فقد فهم من التعبير بالجمع (إخوة) في قوله تعالى بشأن ميراث الأم وحجبها من الثلث إلى السدس: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ أنها لا تحجب إلى السدس إن ترك المتوفى أخوين لا ثلاثة. وقد انتهى ابن عباس فيما لو ترك الميت أخوين أن الأم تأخذ الثلث كاملاً ولا تنقص عنه إلى السدس لأن النقصان مقيد بوجود جمع من الإخوة، وأقله ثلاثة.

والذى نخلص إليه من هذا الخلاف أن الرأى المؤيد للأخذ بمفهوم المخالفة بوجه العموم هو الأرجح. ولا يعنى هذا الرأى الأخذ بمفهوم المخالفة فى كل الأحوال، وإنما يفيد افتراض نفى الحكم عن المخالف أولاً، إلا إذا ظهرت لذكر القيد فائدة أخرى غير قصد الشارع إلى إعطاء المخالف حكماً آخر. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾لا يفيد حل الربا إذا لم يكن أضعافاً. وتكمن فائدة هذا الوصف فى أن هذا هو حال الربا وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا﴾ لا يفيد حل إكراه الفتيات على البغاء إذا لم يكن عفيفات ويقعن فى الزنا، وإنما هو لإظهار قبح الإكراه على الزنا بالمقابلة بين الرغبة فى العفة من طرف والإجبار على الزنا من طرف آخر. وسنرى اعتماد القضاء المصرى فى أحوال عديدة على المخالفة.

أنواع المفهوم المخالف:

لمفهوم المخالفة الأنواع التالية:

١ـ مفهوم الوصف كقوله ﷺ : «فى سائمة الغنم زكاة» فالسائمة وصف للغنم، وهى التى وجبت فيها الزكاة، مما يفيد عدم وجوب الزكاة على غير السائمة، ويتفق فى هذا الحكم المانعون من إعمال مفهوم المخالفة، لكنه يقوم عندهم على أصل آخر غير مفهوم المخالفة، وهو أن الشرع أوجب الزكاة فى الغنم السائمة، فبقى ما عداها من الغنم المعلوفة على براءة ذمة صاحبها من التكليف بوجوب الزكاة فيها. ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً﴾، فإنه يدل بمفهومه المخالف على أن الذين يأخذون هذه الأموال بغير ظلم وإنما يأخذونها بوجه مشروع لا يصدق عليهم هذا الحكم.

٢ـ مفهوم الشرط، كقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا

عليهن﴾، إذ يدل بعبارته على أن النفقة واجبة للمطلقة الحامل إلى أن تضع حملها، كما يدل بمفهومه المخالف على أن غير الحامل لا نفقة لها.

ومنه كذلك قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾، فإنه يدل بعبارته على أن التوثيق بالرهن فى السفر عند عدم وجود الكاتب الذى يدون الالتزام فى وثيقة يوقع عليه طرفا الالتزام وتثبت بها حقوقهما عند التنازع، أما إن وجد الكاتب فيمكن الاستغناء عن التوثيق بالرهن بالتوثيق بالكتابة.

وكذا قوله تعالى: ﴿فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾، فإنه يفيد بعبارته أن الوثيقة التى يكتبها من يوثق الالتزام إنما يمليها ولى المدين إن كان المدين نفسه غير قادر على إملاء الكاتب ما يريد أن يلتزم به بأن كان سفيهاً أو ضعيفاً أو غير مميز. ويفيد بمفهوم المخالفة أنه إن كان المدين قادراً على إملاء الكاتب ما يريد أن يلزم به نفسه فإنه هو الذى يتولى بنفسه إملاء الكاتب.

٣ـ مفهوم الحصر بإنما، كما فى قوله ﷺ : «إنما الشفعة فيما لم يقسم» ومعناه أن الشفعة للشريك فى العقار الذى لم يقسم، أما الذى تمت قسمته واستقل كل شريك بنصيبه فيه فلا شفعة لأحد منهم فى نصيب الآخر؛ لأنهم عادوا جيراناً بعد أن كانوا شركاء.

ومنه كذلك قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات» فإنه يدل على عدم اعتبار الفعل شرعاً إذا لم توجد النية.

ويرى الغزالى أن الحصر بإنما لا يدل على نفى الحكم للمخالف لأن إنما فى هذين المثالين وغيرهما تفيد معانى الكمال والتأكيد مع دلالتها على الحصر أحياناً، ولذا لا يصح الاستدلال بمفهوم المخالفة فى الأحوال التى يقع فيها الحصر بإ نما.

٤ـ الحصر بما وإلا ، كقوله ﷺ : «لا نكاح إلا بولى»، فإن هذا الحصر يفيد إثبات النكاح بوجود الولي. ومن قال: «لا إله إلا الله» كان نافياً للألوهية عن غيره. ويعترف الغزالى بحجية هذا النوع من المفهوم على الرغم من أنه يحذر من أن الحكم الذى يثبت بهذا المفهوم يشترط له توافر الشروط الأخرى التى اعتبرها الشارع، إذ إن وجود الولى ليس هو الشرط الوحيد لصحة النكاح، ولا يكون النكاح صحيحاً ما لم توجد شروط الصحة المختلفة من شهود وحل بين الزوجين.

٥ـ مفهوم الغاية كقوله تعالى فى المطلقة ثلاثاً: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾، إذ يدل على أن المطلقة ثلاثاً لا يحل لها أن تعود لمطلقها إلا أن تتزوج غيره ويطلقها هذا الغير، ثم تعود إلى الأول. فإن تزوجت بغيره صح لها أن تتزوج من مطلقها، ويوافق الغزالى على حجية مفهوم الغاية، وهو يعترف بحجيته فى هاتين الصورتين الأخيرتين وحدهما.

٦ـ مفهوم العدد كقوله تعالى فى شأن جريمة الزنا: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ ، فإنه يدل بمفهوم المخالفة على أنه لا حق لأحد فى الزيادة أو النقص عن هذا العدد. ويرى المعارضون لمفهوم المخالفة أنه لا يجوز النقص ولا الزيادة عما حده الشارع لأدلة أخرى، وهى أنه لا حق فى الزيادة أو النقص عن العقوبة المقررة شرعاً، ولأن التقيد بما جاء به النص هو الواجب.

٧ـ مفهوم اللقب أو الاسم ، وهو الاستدلال باثبات الحكم فى حق اسم جنس أو علم على نفي الحكم عما عداه، كأن تقول رأيت زيداً، فهل يفيد نفى الحكم برؤية غيره. هذا ما لا يقول به كثيرون ممن يحتجون بمفهوم المخالفة. وقد مثل له الآمدى بقوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى». ويرى علماء المذاهب الأربعة أن تخصيص هذه الأصناف والحكم عليها بوجوب

المثلية والتقابض في مبادلتها لا يعني نفي هذا الحكم في غيرها مما يشترك معها في علة الحكم. ويختلف الظاهرية معهم في هذا فيحصرون وجوب التماثل والتقابض في هذه الأصناف الربوية الستة.

شروط العمل بمفهوم المخالفة عند الأصوليين:

يدل مفهوم المخالفة ـ كما اتضح مما سبق ـ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت. والشرط لإعمال مفهوم المخالفة عند القائلين به هو ألا يكون للقيد الوارد على الحكم في المنطوق من فائدة أخرى سوى نفي حكمه في المسكوت عنه. فإن تبين لنا وجود فائدة أخرى وأن المشرع لم يشأ بإيراد القيد المنطوق به نفي الحكم في المسكوت عنه لم يجر العمل بمفهوم المخالفة. من ذلك أن تحريم الربائب (بنات الزوجة) في الزواج مقيد بوصف (في حجوركم) لا يفيد انتفاء التحريم عند انتفاء هذا الوصف، وذلك إذا كانت الربيبة (بنت الزوجة) في حجر وتحت ملاحظة وإشراف غير الزوج. وإنما جرى ذكر هذا الوصف في سياق تحريم الربيبة إشارة إلى الغالب من أحوال الناس، وهو وجود الربيبة في مسئولية زوج أمها، مما يشعر بسبب تحريمها على الزوج، وبهذا فإن قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾ يفيد تحريم بنت الزوجة المدخول بها على زوجها، سواء كانت في حجره وتحت رعايته أو كانت في حجر غيره.

وكذلك فإن قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ لا يفيد حل الربا إذا لم يكن أضعافاً مضاعفة، وإنما خرج هذا القيد مخرج الغالب كما تقدم.

وبهذا يتضح أن إعمال مفهوم المخالفة لا يجرى بشكل آلي مطرد وإنما يحتاج إلى تأمل ونظر لتحديد مقصود الشرع ومعرفة اتجاهه إلى إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه عند تخلف القيود التي أوردها ، أو أنه أورد هذه القيود

لفائدة أخرى.

حكم مفهوم المخالفة فى تفسير النصوص القانونية:

لا شك فى أن بالوسع الاستناد إلى مفهوم المخالفة فى تفسير كثير من النصوص التشريعية، ويعمل به ما لم توجد قرينة تفيد عدم الاعتداد بمدلوله من نص قانونى آخر أو من استدلال آخر أقوى منه.

من ذلك أن المادة ٧٩ عقوبات تنص على تجريم «من قام فى زمن حرب بنفسه أو بواسطة غيره مباشرة أو عن طريق بلد آخر بتصدير بضائع أو منتجات أو غير ذلك من المواد من مصر إلى بلد معاد أو باستيراد شئ من ذلك منه»، وقضت هذه المادة بالعقوبة «بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة تعادل خمسة أمثال قيمة الاشياء المصدرة أو المستوردة على ألا تقل الغرامة عن ألف جنيه». ومن الواضح أن هذه العقوبات لا تنصرف إلى التصدير أو الاستيراد للبلد المعادى ذاته فى غير زمن الحرب، أو إلى بلد غير معاد، وإلا لم يكن لهذين القيدين فائدة، وبهذا انتفى الحكم بالعقوبة عند انتفاء أى من هذين القيدين.

وفى المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى النص على منع العقاب على مرتكب جريمة «ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى». وبمقتضى هذه المادة ترتفع العقوبة عمن ارتكب جريمة بقصد وقاية نفسه أو غيره من الخطر إذا كان هذا الخطر: -١- جسيماً -٢- متعلقًا بالنفس -٣- وحالاً يوشك أن يقع -٤- ولا يستطيع منع هذا الخطر بطريقة أخرى. ولذا فإنه إذا تخلفت صفة من هذه الصفات وارتكب الشخص جريمته لم يرتفع عنه العقاب. وهكذا لو كان الخطر غير جسيم أو تعلق بالمال أو لم يكن على وشك الوقوع أو كان يستطيع منع الخطر بطريقة أخرى كالصياح أو تقديم الشكوى إلى المسئولين أو غير ذلك لم يرتفع العقاب ولم يبح للجانى

ارتكاب جريمته. وبهذا فقد انتفى الحكم بانتفاء أى من القيود الواردة فى نص المادة ، وهذا هو مفهوم المخالفة.

ولا نهاية للأمثلة الدالة على اعتبار مفهوم المخالفة فى تفسير النصوص التشريعية. ومن الأمثلة التى أشار إليها المستشار بدر المنياوى أن المادة ٣٥٥ عقوبات قد نصت على أنه : «يعاقب بالحبس مع الشغل كل من قتل عمداً بدون مقتض حيواناً من دواب الركوب أو الجر أو الحمل أو من أى نوع من أنواع المواشى أو أضر به ضرراً كبيراً». وبهذا فإن عقوبة الحبس مع الشغل لا ترد على قتل الحيوان إلا إذا توافرت قيود معينة، هى أن يكون القتل عمداً، وأن يكون بدون مقتض ، وأن يكون الحيوان من دواب الركوب أو الجر أو الحمل أو المواشى، فإذا انتفى أى قيد (صفة) من هذه القيود انتفى معه الحكم بهذه العقوبة، ولذا لا ترد هذه العقوبة فى حق من قتل حيواناً من هذه الأنواع بوجه الخطأ، وكذا لو قتل شرطى فرساً بإطلاق النار عليه بقصد تعطيل المتهم بارتكاب جريمة عن الهرب بهذه الفرس [1]، وكذا لو جمح حيوان من هذه الأنواع وشكل فى حالته هذه خطراً على أحد فضربه شخص قاصداً إلى دفع هذا الخطر.

ومن أمثلة العمل بمفهوم المخالفة ما جاء فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى المصرى فيما يتعلق بحق الجار فى الشفعة وتقييد هذا الحق بعدد من الشروط من بينها: أن تكون أرض الجار «ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل». وبهذا فإن أرض الجار غير الملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين لا توجب الشفعة، وكذا لو كانت أرض الجار صغيرة بالقياس إلى الأرض المشفوع فيها ولا تساوى نصف قيمتها فإن الشفعة لا تجب لهذا الجار كذلك.

---

(١) المستشار بدر المنياوي، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه، ص ٤٨.

ويلفت المستشار بدر المنياوى النظر إلى أن الاستدلال بمفهوم المخالفة يحتاج دائماً إلى التفكير المتأنى، فليس كل قيد يقيد به المشرع الحكم يؤدى انتفاؤه إلى انتفاء الحكم، وإنما يجب ألا يكون لتقييد الحكم بهذا القيد من فائدة سوى انتفاء الحكم عند انتفائه، وذلك على نحو ما انتهى إليه جمهور الأصوليين، ولا ريب أن هذا يقتضى مزيداً من التأمل، للتعرف على طبيعة القيد ومدى ارتباطه بالحكم حتى يلزم من عدمه العدم. وقد يكون في المثال الآتى ما يكشف عن دقة هذه الدلالة ويوضح الطريق للاستدلال بها [1].

فقد نص المشرع فى المادة ٤١ عقوبات على أنه : «لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير وصف الجريمة إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال». وذلك يعنى أنه إذا كان لفاعل الجريمة ظروف شخصية تغير من وصف الجريمة فإن هذه الظروف لا تؤثر على الشريك إذا لم يكن عالماً بها، فصفة الموظف العام فى جريمة تزوير المحرر الرسمى بواسطة الموظف العام هى صفة تلحق بفاعل الجريمة، وتقتضى تغيير وصفها (المادتان ٢١١، ٢١٢)، فإذا لم يعلم الشريك بصفة الفاعل هذه فلا يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها فى المادة ٣٢١١ عقوبات، وإنما بتلك المنصوص عليها فى المادة ٢١٢ من ذات القانون والخاصة بارتكاب غير أرباب الوظائف العمومية للتزوير فى المحررات الرسمية، وإذا لم يكن فاعل الاغتصاب وهتك العرض أصلاً للمجنى عليه أو متولياً تربيته أو ملاحظته أو ذا سلطة عليه أو خادماً عنده فلا يشدد فى العقاب على الشريك نتيجة لتوافر هذا الظرف بالفاعل إذا لم يكن عالماً به (المواد ٢٦٨، ٢٦٩ عقوبات) بناء على أن تعدى أثر الظروف الخاصة بأحد الفاعلين إلى الشركاء لا يتحقق إلا إذا كان هؤلاء الشركاء على علم بهذه الظروف.

---

(١) السابق.

وكذلك الحال في جريمة الإجهاض، حيث تعاقب المادة ٢٦١ عقوبات على إسقاط المرأة الحبلى عمداً بالحبس. فإذا كان فاعل الإجهاض طبيباً فإن هذه صفة في الفاعل تغير من وصف الجريمة، فتجعل منها جناية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة (مادة ٢٦٣ عقوبات)، فإذا لم يعلم الشريك بأن الفاعل طبيب فهو لم يعلم ببعض عناصر جناية الإسقاط بواسطة الطبيب، فلا يسأل عن هذه الجريمة نتيجة لذلك، وإنما يسأل عن جريمة إسقاط الحبلى المنصوص عليها في المادة ٢٦١.

وليس الأمر كذلك بالنسبة للظروف غير الشخصية، أي الظروف المادية، فهذه الظروف الأخيرة تتصل بماديات الجريمة ، وهي واحدة بالنسبة لجميع المساهمين فيها، فاعلين أو شركاء، تطبيقاً لفكرة وحدة الجريمة على الرغم من تعدد المساهمين. وبالتالي فهم جميعاً مسئولون عنها، ويعد اتجاه إرادة كل منهم إلى الجريمة في جملتها اتجاهاً إلى كل جزء من أجزاء ركنها المادي، كما تحددها ملابسات ارتكابها، ومن ثم فإن الشريك يسأل عن الظروف المادية ولو كان جاهلاً بها، وتصادق محكمة النقض على مد الظرف المادي إلى الشريك ولو كان جاهلاً به، فتقول من المقرر أن حمل السلاح في السرقة هو من الظروف المادية المتصلة بالفعل الإجرامي، ويسري حكمه على كل من قارف الجريمة ، فاعلاً أم شريكاً ولو لم يكن يعلم به»[1].

ومن هذا كله يتضح أن منطوق المادة ٤١ عقوبات القاضي بأن الشريك لا يتأثر بالظروف الشخصية للفاعل إذا كان هذا الشريك غير عالم بهذه الظروف الشخصية الخاصة بالفاعل، كأن لا يعلم صلته بالمجني عليه في جريمة هتك العرض أو صفته كطبيب في جريمة الإجهاض. ومقتضى الاستناد إلى مفهوم المخالفة أن ينتفي الحكم بعدم التأثير عند مخالفة أي من هذين القيدين ، وهما أن

---

(١) السابق، ص ٥٠، ٥١.

تكورن الظروف غير شخصية أى مادية (تقيد بوصف) أو إذا كان الشريك عالماً بظروف الفاعل الشخصية (تقييد بشرط إن ـ إذا)، فيثبت للشريك التأثير بصفة الفاعل إذا لم يتحقق هذان القيدان (الظروف الشخصية ـ وعدم العلم) ، وهكذا أثبتنا للمسكوت عنه (فى الظروف المادية أو عند العلم بالظرو فالشخصية) حكماً مخالفاً لحكم المنطوق عند انتفاء أى من هذين القيدين ، وأصبح الشريك مخاطباً بظروف الفاعل إن كانت هذه الظروف مادية، أو كان على علم بظروف الفاعل الشخصية. وقد صادقت محكمة النقض على إعطاء المفهوم المخالف حكماً مخالفاً لأنه لا فائدة من ذكر هذين القيدين فى قصد المشرع سوى عدم تحقق الحكم عند غياب أى منهما.

وفى هذا ما يدل على ترجيح الاستناد لمفهوم المخالفة فى العمل القضائى فى العصر الحديث، وهو ما يكفى لترجيح رأى الجمهور المؤيد لإعمال مفهوم المخالفة.

مراتب هذه الدلالات:

القاعدة أنه إذا لم ينشأ تعارض بين ما يدل عليه النص بعبارته وإشارته ودلالته واقتضائه فإنه يعمل بها جميعاً، أما إن حدث نوع تعارض بينها فإن دلالة العبارة هى التى ترجح على غيرها لأنها دلالة الصيغة واللفظ والمعنى المقصود من سوق الكلام. وتتخذ دلالة الإشارة المرتبة التالية، فهى تتأخر عن عبارة النص ، لكنها تتقدم على دلالة النص التى تليها فى المرتبة، وتأتى دلالة الاقتضاء فى المرتبة التى لا يتأخر عنها سوى العمل بمفهوم المخالفة.

وبهذا فإن مراتب الدلالات تتدرج بالترتيب التالى:

١ـ دلالة العبارة.

٢ـ دلالة الإشارة.

٣ـ دلالة النص.

٤- دلالة الاقتضاء.

٥- مفهوم المخالفة عند من يحتجون به، وهم بعض الأصوليين من الشافعية والمتكلمين على النحو الذى جرى التعرض له.

﴿ القاعدة الخامسة ﴾

تفسير النصوص المتعلقة بالجنايات والعقوبات عليها من وجهة النظر الأصولية

الهدف من تفسير النصوص التشريعية هو التعرف على مقصود الشارع، وإعمال إرادته، مما قد يقتضى التوقف عند المعنى اللغوى للنصوص، أو إعمال ما تفيده عبارة النص أحياناً، أو التوسع فى التفسير وإعمال سائر الدلالات المختلفة. وإذا كان الحذر والتأنى هو الواجب فى فهم النصوص التشريعية بوجه العموم، فإن الحذر المطلوب فى تفسير النصوص الجنائية يستوجب التضييق فى معانيها والبعد بها عن التفسير الموسع. وهذا هو ما يشتد، بما يستخلصه المستشار بدر المنياوى من اتجاهات محكمة النقض المصرية التى قررت وجوب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة فى ذلك، وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل، كما أكدت أنه لا يجوز التوسع فى التفسير فى مجال التأثيم، وأنه إذا جاء النص العقابى ناقصاً أو غامضاً فينبغى أن يفسر بتوسع لصالح المتهم. لكن لا يعنى وجوب المزيد من الحذر والتأنى فى تفسير النصوص الجنائية إمكان التساهل فى تفسير النصوص الأخرى أو جواز تحميلها فوق ما تحتمل، كما لا يعنى أن هذا الحذر الذى التزمته هذه المحكمة فى تفسير النصوص الجنائية قد قعد بها عن مراعاة المصلحة الاجتماعية أو أنها طبقت بصفة آلية ما يراه المتهم فى مصلحته.

ولهذا فسرت محكمة النقض الاختلاس بأنه يشمل نزع مال الغير بالقوة،

كما يشمل أخذ هذا المال على وجه الخلسة والتخفى، وهى فى هذا التفسير لا تحقق مصلحة المتهم بقدر ما تراعى المصلحة الاجتماعية [1]. وكذا توسعت فى تفسير اختلاس المنقول (المادة ٣١١ عقوبات، حتى أصبحت كلمة منقول تفيد - أى شيء - ذى قيمة، فجرمت مختلس - التيار الكهربائى واعتبرته سارقاً.

لكن هذا التوسع فى تفسير النصوص الجنائية محل نقد، حتى ولو كان بقصد الحفاظ على المصالح الاجتماعية، لأن المفترض أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص من القانون. ولذا فإن المادة ٢٩٢ عقوبات تجرم واقعة عدم تسليم أى من الوالدين ولده الصغير، أو الجدين ولد ولده، إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه. ولا يمتد الحكم بالتجريم إذا كان الحكم القضائى متعلقاً برؤية الصغير، وليس بالحضانة والحفظ [2].

وإذا أردنا معرفة موقف التفكير الفقهى والأصولى من هذا الحذر المطلوب فى تفسير النصوص الجنائية والتأنى فى الحكم بالتجريم والعقاب مما يؤيده هذا التفكير للأدلة التالية:

أولاً - القاعدة المستخلصة من التفكير الفقهى هى أنه لا يمكن تجريم الفعل أو الترك أو العقوبة عليهما إلا بنص صريح ، وهو ما يتفق مع قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» [3]. يدل على وعى الفقهاء بهذه القاعدة أنهم يشترطون للتكليف بالأحكام الشرعية فهم هذه الأحكام مما يستلزم اشتراط ورود النص حتى يمكن فهمه. ولهذا فإن الفقهاء يشترطون للتكليف بالحكم الشرعى - كما تقدم - أمرين، أولهما ورود النص الشرعى، والثانى فهم النص. أما ورود النص وحده فلا يكفى للتكليف به، ولذا فإن القاعدة الأصولية أنه «لا يكلف

---

(1) راجع هذا في علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول العقد للمستشار بدر المنياوي، ص ٥٥.

(2) السابق، ص ٥٩.

(3) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ، ١٧٦/١.

شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف، أهلاً لما كلف ، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوماً له علماً يحمله على امتثاله».

ثانياً ـ يتضح تطبيق هذه القاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) فى مجال الحدود، لأن جرائم الحدود وعقوباتها مما هو منصوص عليه. أما التعازير فهى منصوص على تجريمها كذلك بالإضافة إلى تحديد قائمة من العقوبات التى يترك للقاضى الاختيار من بينها، طبقاً للمصلحة والملاءمة وبمراعاة ظروف الجانى وطبيعة الجريمة والخطورة المترتبة عليها.

ثالثاً ـ القاعدة القاضية بوجوب درء الحدود والعقوبات ما أمكن، وهذه القاعدة مستفادة من حديث مرفوع أخرجه ابن ماجة والبيهقى والترمذى والحاكم وغيرهم مما رواه ابن عباس وأبو هريرة وعائشة ونسب إلى عمر أنه قال: «لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات، وقد تلقى الفقهاء هذه القاعدة بالقبول.

ويتضح استناد الفقهاء إلى هذه القاعدة وعملهم بها فى تفسير النصوص المتعلقة بالجرائم والعقوبات أنهم كانوا لا يرون تجريم الفعل أو العقوبة عليه إذا قامت شبهة فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم. ولذا فإن من تزوج بلا شهود أو بلا ولى أو تزوج زواج متعة لا يعاقب عقوبة الحد أو التعزير على مثل هذا الزواج، لأن العلماء اختلفوا فى تجريم هذه الأفعال واعتبارها من الزنا، فأباحها بعض منهم وحرمها بعضهم الآخر. ويفيد هذا الاختلاف الشك فى اندراج هذه الأفعال تحت جريمة الزنا، فيفسر هذا الشك لصالح المتهم، ولا يعاقب على فعله.

رابعاً ـ استقرار التفكير الفقهى على أن خطأ الإمام أو القاضى فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة. ويعنى هذا أن على القاضى أن يتقيد بالنصوص فى الجنايات والجرائم حتى لا يخلق بتفسيره جرائم جديدة يعاقب عليها.

خامساً ـ الاختلاف بين الفقهاء فى جواز القياس فى الجرائم والعقوبات. ويحتج المانعون من إجراء القياس فى مجال الجرائم والعقوبات بأن القياس مما يدخله احتمال الخطأ، وهذا الاحتمال فى ذاته شبهة تدرأ الحد طبقاً للقاعدة السابقة، ولا يحتج لجواز إجراء القياس بفعل الصحابة فى إثبات حد الشرب بالقياس على حد القذف، وتعليلهم لذلك بأنه إذا شرب هذى، وإذا هذى افترى (أى قذف الناس ورماهم بارتكاب جريمة الزنا) فجعلوا له حد القذف بذلك. وإنما لا يصح هذا الاحتجاج لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة، لا بهذا القياس الضعيف، ويأتى هذا الضعف لأن الهذيان والتخليط فى الكلام لا ينتج القذف ضرورة. ولذا اعتبر الشافعى حد الشرب أربعين جلدة ولم يصل به إلى حد القذف (ثمانين جلدة).

سادساً ـ صياغة الفقهاء لكثير من المفاهيم التشريعية وتوسعهم فى تفسير عدد من هذه المفاهيم المؤدية إلى التضييق فى التجريم والعقاب، ومراعاة مصلحة المتهم. من ذلك فهم بعض الفقهاء للنتائج المترتبة على التوبة فى جرائم الحدود كلها، وذهابهم إلى المنع من العقوبة الحدية إن تاب الجانى وحسنت توبته، ومن ذلك التصنيف الخماسى للقتل عند الأحناف، وتفريقهم بين العمد وشبه العمد، وإيجابهم القصاص فى القتل العمد وحده، وتعريفهم للقتل العمد بأنه هو الذى يتم باستخدام آلة تحدث التمزيق وتغير هيئة الجسم الإنسانى، كالسكين والنار. أما القتل بآلة لا تحدث ذلك كالعصا الغليظة والحجر الكبير والخنق فليس من العمد وإنما هو من شبه العمد الذى لا يستوجب القصاص. ويرى الأحناف أن القتل بالسم من قبيل القتل بالتسبب الذى لا يوجب القصاص كذلك.

ولا يبعد مفهوم الحرز فى السرقة عن ذلك، فإن السرقة الموجبة لعقوبة الحد لا تتحقق بمجرد أخذ مال الغير، وإنما يجب أن يكون هذا المال فى حروز محفوظ فيه كالحظيرة للمواشى، والجراج للسيارات، والخزينة للنقود والذهب، ولذا فإن

من أخذ حيوان الغير أو سيارته من الطريق لا يعاقب بالحد.

وتتفق صياغة هذه المفاهيم وما يماثلها مع اتجاه الفقهاء لتفسير الشك لمصلحة المتهم، أو درء الحدود والعقوبات بالشبهات.

والحاصل أن على القاضي أن يستعين بقواعد التفسير الأصولية لاستكناه إرادة الشارع ومعرفة هذه الإرادة والوصول إلى قصده، سواء تعلق موضوع النص بالمعاملات المدنية أو تعلق بالجرائم والعقوبات. لكن «إذا كان للقاضى المدنى أن يطبق هذه القواعد بتوسع، وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكاناً عند تفسير النص وتطبيقه، فإن القاضى الجنائى مقيد بأن يحصر اجتهاده فى تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان، ولو كانت الجريمة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل»[1].

لقد رأينا أن العقوبة تميل إلى تقييد سلطة القاضى الجنائى فى تفسير النصوص التشريعية، كما رأينا اتجاه محكمة النقض إلى التوسع فى تفسير هذه النصوص أحياناً، مراعاة لمصلحة الجماعة، وذلك كالتوسع فى تفسير المنقول فى السرقة (المادة ٣١١) بما يشمل سرقة التيار الكهربائى، كما عاقبت على سرقة أكفان الموتى، ومع ذلك فإن القاعدة القاضية بتفسير الشك لمصلحة المتهم هى الغالبة فى عمل المحاكم الجنائية الحديثة. وقد رأينا كذلك تأييد التفكير الفقهى والأصولى لهذا الاتجاه عن طريق قاعدة درء الحدود بالشبهات، وتفضيل الخطأ فى العفو على الخطأ فى العقوبة ، وصياغة هذه المفاهيم التشريعية التى استتبعت تفسير الشك لمصلحة المتهم.

---

(١) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٢٠٧/١.

﴿القسم الرابع﴾

الاجتهاد والتقليد

تقديم :

تعاون هذان المنهجان طوال تاريخ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الرغم من اختلافهما، فقد كان هناك هؤلاء الأعلام الذين يشقون بعقولهم الفذة طرقاً جديداً فى صياغة المنهج الفقهى أو فى التعرض لقضايا لم تثر من قبل أو فى التفكير فى القضايا المثارة سلفاً بطريق آخر مختلف، لإلحاقها بأصل من الأصول الشرعية أو فى إضافة شئ من التنسيق أو التقعيد للقواعد السابقة الاكتشاف بما يحدد دورها على نحو أوضح وكهذا الذى فعله الشافعى فى صياغة مفهوم عام للإجماع لإبطال ما عداه من الاجماعات الضيقة المحدودة.

وقد عاش إلى جوار هؤلاء الأعلام جماعات أخرى من العلماء والقضاة والمفتين الذين انحصر دورهم فى استظهار ما قاله السابقون عليهم أو تعليمه أو تطبيقه فى الواقع أو الاستدلال عليه والانتصار له، وهؤلاء هم المقلدة الذين كان لهم دورهم الذى لا غنى عنه فى أى نظام تشريعى لاستمراره، وتأكيده، وتنفيذه. ومن المؤكد أن هؤلاء المقلدة لا يشبه عملهم عمل الحفظة مديرى المخازن الذين لا يفعلون أكثر من مراقبة الوارد وصيانته، وإنما يشبه دورهم دور الوارث لقصر يتضمن العديد من الأشياء، فكان يتصرف فى هذه المحتويات بالتنظيم والترتيب بل والمبادلة أحياناً والزخرفة والتزيين، بل وإضافة غرف جديدة فى أحيان أخرى.

والمعنى الذى أهدف إليه من هذا التقديم من وجهين:

- أولهما: أن الاجتهاد والتقليد لابد من تعاونهما ولا غنى لأحدهما عن الآخر، سواء فى الماضى أو فى المستقبل.

● والثاني: أن التقليد ليس أسلوباً مذموماً، وأن له دوره في تطوير التفكير الفقهي، لقد ذم كثير من المعاصرين هذا الأسلوب واعتبروه قيداً على التطوير وسببًا للتخلف، غير أنه لا يمكن تصور قيام نظام تشريعي يقوم على أكتاف مجموعة متنوعة من أصحاب الطاقات الخلاقة المبدعة في القضاء والتشريع والتنفيذ. إن التقليد برغم هذا كله هو الأسلوب الذي يمكن عن طريقه ربط الأجيال المختلفة وتحقيق الاستمرارية للنظام التشريعي الواحد عبر العصور.

إننا مرة أخرى أمام قضية الأصالة والمعاصرة ، فلا يمكن في النظم القانونية على وجه الخصوص أن يأتي جيل ليقرر الإلقاء بكل موروثه السابق في المحيط وأن يبدأ من جديد، وتكمن الحكمة على الدوام في الموازنة بين الاجتهاد والتقليد أو بين الأصالة والمعاصرة.

وأتناول ما يتعلق بذلك في قسمين، أولهما عن الاجتهاد. والثاني عن التقلي.

﴿أولاً - الاجتهاد﴾

تقديم :

الاجتهاد بذل الجهد واستفراغ الوسع ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة ومشقة، وهو في اصطلاح الأصوليين: استفراغ الوسع في طلب الحكم الشرعي من أدلته. وقد عرفه الآمدي بأنه: استفرغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه، وعرفه صاحب مسلم الثبوت بأنه: «بذل الطاقة في تحصيل حكم شرعي ظني» (١).

وتنحصر هذه التعريفات في الربط بين الاجتهاد وبين إدراك الحكم

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١٩٢/٢، والتلويح ١١٧/٢.

الشرعي. غير أن للاجتهاد وجهاً آخر هو النظر في النصوص وتفسيرها وإدراك معانيها واستخلاص دلالاتها.

وبهذا فإن للاجتهاد النظرى مجالين: أولهما: تفسير النصوص وفهم دلالاتها. والثانى: إدراك الحكم الشرعى من أدلته المختلفة. والأول هو الاجتهاد البيانى، والثانى هو الاجتهاد القياسى والاستصلاحى طبقاً لاصطلاح الدكتور معروف الدواليبى [1].

وهناك إلى جانب هذا الاجتهاد النظرى نوع آخر هو الاجتهاد العملى المتعلق بتطبيق الأحكام الشرعية فى الواقع توضيحه أننا إذا توصلنا إلى الحكم الشرعى المتعلق بوجوب عقوبة القصاص فى القتل العمد دون الخطأ ثم جاءت للقاضى جريمة قتل فإن عليه أن يتحرى فى وقائع القضية التى ينظرها ليتضح له وجود نية القتل العمد أو عدم وجودها، ولا يتحقق له ذلك إلا بهذا النوع من الاجتهاد الذى يذكر الشاطبى بشأنه أنه لا يمكن انقطاعه أو وقفه، وأنه مستمر ما استمر تطبيق الأحكام الشرعية [2] ومن هذا يتضح أن أنواع الاجتهاد هى :

١ـ الاجتهاد النظرى، ويدخل فيه الاجتهاد القياسى والاستصلاحى.

٢ـ الاجتهاد العملى.

شروط المجتهد:

لا يبلغ رتبة الاجتهاد كل دارس للفقه أو كل من تصدى للإفتاء، ويشترط فيمن يبلغ هذه الرتبة توافر الملكة أو القدرة على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية والإلمام بجملة العلوم التى يحتاج إليها فى ممارسته الاجتهاد،

---

(١) المدخل إلى علم أصول الفقه للدكتور معروف الدواليبي ص ٧٥، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي.

(٢) الموافقات ٨٩/٤.

وتفصيل ذلك أنه يشترط في المجتهد الشروط التالية:

١ـ صحة العقيدة، وعبارة الآمدي في ذلك أنه يلزم في المجتهد «أن يعلم بوجود الرب تعالى، وما يجب له من الصفات ويستحقه من الكمالات، وأن يكون مصدقاً بالرسول وما جاء به من الشرع المنقول، ولا يشترط أن يكون عارفاً بدقائق علم الكلام متبحراً فيه كالمشاهير من المتكلمين، بل أن يكون عارفاً بما يتوقف عليه الإيمان»[1].

٢ـ العلم بمدارك الأحكام الشرعية وكيفية استنباطها من هذه الأدلة ووجوه الدلالات ومراتبها وطرق الترجيح بينها، ولا يلزمه الإلمام بكل شئ على وجه الإطلاق، وإنما يلزمه الإلمام بما يتعلق بالمسألة موضوع الاجتهاد، ولا يضره جهله بما لا يتعلق بها، ولا يشترط في المفتي أن يكون عالماً بجميع أحكام المسائل ومداركها، فإن ذلك مما لا يدخل في وسع البشر، ولهذا نقل عن مالك أنه سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها: لا أدري[2].

٣ـ العلم باللغة العربية إلى الحد الذي يستطيع أن يفهم النص. وقد أشار الشافعي في رسالته إلى هذا المعنى، وأن الله خاطب العرب بكتابه بلسانها على ما تعرف من معانيها وأنه لا يصح لمن جهل بطرائق العرب في التعبير عن المعاني أن يتطلع إلى بلوغ رتبة الاجتهاد.

٤ـ العلم بمقاصد الشريعة وآيات الأحكام والسنن التشريعية وبمواضع الإجماع. ولا يشترط أن يستحضر كل هذا في ذهنه، أو أن يحفظه، وإنما عليه أن يكون عارفاً بمحاله والمواضع التي يرجع إليها لطلب ما يريده منها.

---

(١) الإحكام ١٤٢/٤.

(٢) السابق، ١٤٣/٢.

تجزئة الاجتهاد:

يقصد بتجزؤ الاجتهاد وصول العالم إلى رتبة الاجتهاد في موضوعات فقهية دون غيرها، كأن يشتغل بالبيوع أو العقود أو بالجنايات والعقوبات فيعرف ما يتعلق بها من آيات وأحاديث ومقاصد وآراء فقهية وإجماعات، ويتخصص في هذا الذي اشتغل به دون غيره من الموضوعات الفقهية، وفي حكم هذا التجزؤ اختلف العلماء على رأيين:

أولهما: جواز تجزؤ المجتهد وحقه في التخصص في بعض الموضوعات وقدرته على بلوغ رتبة الاجتهاد في هذا الذي يتخصص فيه، حتى يستطيع الترجيح بين الآراء المختلفة والإفتاء برأيه في بعض المسائل المستحدثة، ودليل هؤلاء أن الإلمام بفروع المعارف المختلفة اللازمة للاجتهاد في المسائل كلها أمر يصعب تحققه في شخص واحد، والميسور أن يدرك العالم ما يتعلق بموضوعه الذي قد يتخصص فيه حتى يستطيع أن يفتي في مسائله. وهذا هو الذي يقرره الآمدي في ذهابه إلى التفريق بين المجتهد المطلق المتصدي للحكم والفتوى في جميع مسائل الفقه وإلى المجتهد في بعض المسائل. وينبه إلى أنه لا يشترط في المجتهد في مسألة معينة سوى المعرفة بما له تعلق بتلك المسألة وما لا بد منه فيها، ولا يضره في ذلك جهله بما لا تعلق له بها مما يتعلق بباقي المسائل الفقهية [1]. ولا يبعد ما قرره الغزالي في ذلك فالشرط عنده في المجتهد أن يكون على بصيرة فيما يفتي، فيفتي فيما يدري، ويميز بين ما يدري وما لا يدري ويتوقف عن الافتاء فيما لا يدري [2].

والثاني : عدم جواز تجزؤ الاجتهاد، لأن الشريعة الإسلامية متصلة الأجزاء متماسكة الأطراف، فلا يستطيع العالم ممارسة الاجتهاد عن طريق الإحاطة ببعض

---

(1) السابق ١٤٣/٢.
(2) المستصفي ١٠٢/٢.

أجزائها دون البعض الآخر، ولذا لا يكون العالم مجتهداً فى المعاملات وغير مجتهد فى العقوبات، لأنه يكون جامعاً فى ذاته بين متناقضين ، وهما الاجتهاد والتقليد، وهذا غير جائز، لأن الاجتهاد ملكة يقتدر بها المجتهد على فهم النصوص واستنباط الحكم فيما لا نص فيه، فإذا تحققت هذه الملكة كان قادراً على الاجتهاد فى الموضوعات كلها وإن لم تتكون للعالم هذه الملكة لم يكن قادراً على الاجتهاد.

وقد مال جمهور العلماء فى القديم والحديث إلى تجزؤ ملكة الاجتهاد، وإمكان وصول العالم إلى الاجتهاد فى موضوعات معينة توفر على دراستها والإحاطة بجوانبها المختلفة، بحيث يعرف أقوال العلماء فيها ومواضع إجماعهم، وما جد من مشكلات والأعراف الخاصة والعامة فيما يتعلق بهذه المشكلات ومصالح الناس وأوجه النظر إلى هذه المشكلات. ويتجه كثير من هؤلاء إلى الاستدلال على رأيهم فى تأييد تجزؤ الاجتهاد بالأدلة التالية:

١ـ صعوبة توافر الاجتهاد المطلق فى مسائل الفقه كلها، لقصور طاقة البشر عن إمكان استيعاب أحد الأفراد هذه المسائل كلها. ومن الواضح أن صعوبة الاستيعاب للمسائل الفقهية بأجمعها فى ضوء تعقد العلاقات الاجتماعية وتوالى الأمور المستحدثة وكثرتها هو الذى يوجب التخصص فى الفقه، واشتغال البعض بالمعاملات التجارية وبعض آخر بالفقه الجنائى أو المالى أو أى فرع آخر من الفروع الفقهية.

٢ـ لا تتحقق القدرة على الاستنباط طفرة أو دفعة واحدة، بل تتحقق على سبيل التدريج، فإنه «يستحيل حصول اجتهاد مطلق غير مسبوق بالتجزئ للزوم الطفرة»[1].

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن لمحمد تقي الحكيم ص ٥٨٣.

٣ـ امتناع كثير من المجتهدين عن الإجابة فى عدد من المسائل التى استفتوا فيها، فقد سئل مالك كما تقدم عن أربعين مسألة فأفتى فى أكثرها بقوله : لا أدرى. وهو يدل على أن الاجتهاد متجزئ بطبيعته فإن الإحاطة بكل شئ فوق طاقة البشر.

ويبدو لى أن الارتقاء بالدراسات الفقهية يستلزم التخصص فى بعض فروعه والتوفر على معرفة هذا البعض حتى يصل المرء فيه إلى أعماق التخصص من جوانبه النظرية والعملية. وليس هذا منهجاً تفرضه فحسب دواعى التخصص فى العصر الحديث، بل هو منهج تدل عليه بعض الشواهد فى عصر الصحابة كذلك، فقد برع زيد بن ثابت فى الفرائض والمواريث، حتى شهد بأنه كان أفرض الصحابة وأعلمهم بهذا الفرع [1].

ومع هذا كله فقد انتهى المرحوم خلاف إلى القول بأن : «الاجتهاد لا يتجزأ ، أى أنه لا يتصور أن يكون العالم مجتهداً فى أحكام الطلاق وغير مجتهد

---

(١) لعل من المفيد نقل بعض ما جاء في شرح مسلم الثبوت في هذه المسألة، حيث ورد فيه : «مع المستصفي ٣٦٤/٣٢) : اختلف في تجزئ الاجتهاد، بأن يكون مجتهداً في بعض المسائل دون البعض، فالأكثر قالوا : نعم يتجزأ الاجتهاد، ومنهم الإمام حجة الإسلام الغزالي، والشيخ ابن الهمام، ويلوح رضا صاحب البدائع به أيضاً وهو الأشبه بالصواب.

وفي إرشاد الفحول ص ٢٥٤ أن «تجزؤ الاجتهاد هو أن يكون العالم قد تحصل له في بعض المسائل ما هو مناط الاجتهاد من الأدلة دون غيرها، فإذا حصل له ذلك فهل له أن يجتهد فيها أو لا، بل لا بد أن يكون مجتهداً مطلقاً عنده ما يحتاج إليه في جميع المسائل، فذهب جماعة إلي أنه يتجزأ، وعزاه الصفي الهندي إلى الأكثرين، وحكاه صاحب النكت عن ابي علي الجبائي وأبي عبد الله البصري، قال ابن دقيق العيد : وهو المختار لأنه قد تمكن العناية بباب من الأبواب الفقهية حتى تحصل المعرفة بمآخذ أحكامه، وإذا حصلت المعرفة بالمآخذ أمكن الاجتهاد. قال الغزالي والرافعي : يجوز أن يكون منتصباً للاجتهاد في باب دون باب.

، وذهب آخرون إلي المنع لأن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها في نوع آخر منه». وقد نبه ابن بدران في المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص ١٨٢ إلي ترجيح القول بتجزؤ الاجتهاد.

في أحكام البيع، أو مجتهداً في أحكام العقوبات وغير مجتهد في أحكام العبادات، لأن الاجتهاد أهلية وملكة يقدر بها المجتهد على فهم النصوص واستثمار الأحكام الشرعية منها واستنباط الحكم فيما لا نص فيه، فمن توافرت فيه شروط الاجتهاد وتكونت له هذه الملكة لا يتصور أن يقتدر بها في موضوع دون آخر»[1].

ويختلف هذا الرأى مع اتجاه الأكثرية ومع ما تفرضه الظروف الحديثة من التخصص بعد أن تعقدت العلاقات وكثرت التفريعات والاجتهادات، ومن جهة أخرى فإن النظر إلى الملكة الفقهية على أنها قدرة ذاتية توجد كاملة تلم بكل شئ أو لا توجد أشبه بالنظر إلى الطبيب المتخصص في العيون على أنه لا حق له في إجراء عملية جراحية في تخصصه لأنه لا يستطيع إجراء جراحة في القلب أو في الأذن.

والحق مع د. وهبة الزحيلى في إدراكه لأهمية الاجتهاد الجزئى، وتقديره أن هذا الاجتهاد «كان هو النافذة التي استطاع بها العلماء تخفيف غلواء سد باب الاجتهاد، نزولاً تحت عامل الضرورة أو الحاجة التي تصادف العلماء في كل زمن للإفتاء في حكم الحوادث المتجددة»[2].

ويبدو الأمر لى وكأن الاجتهاد الجزئى هو الاجتهاد المتاح الآن وهو الذى كان متاحاً كذلك في أغلب الأحوال في الماضى أيضاً.

مجال الاجتهاد:

لا مجال للاجتهاد في الأمور التالية :

١ـ الأمور التي أجمعت عليها الأمة كوجوب الصلوات الخمس وفرضية الزكاة وحرمة النفس الإنسانية ووجوب القصاص في القتل العمد العدوان.

---

(١) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص ٢٦٠.

(٢) أصول الفقه ١٠٧٧/٢.

٢ـ أصول الدين كالإيمان بالله والنبوة وغيرها مما هو معلوم من الدين بالضرورة.

٣ـ الأمور الثابتة بدليل قطعي الثبوت والدلالة من مثل تحريم قذف المحصنات العفيفات وتحريم الزنا والعقوبة عليه وتحريم الربا وعدم تصحيح الاتفاق عليه.

وهذا هو ما تفيده قاعدة: لا مساغ للاجتهاد في موارد النص.

أما الذي يجوز الاجتهاد فيه فهو:

١ـ ما لم يرد فيه نص شرعي، من ذلك الحكم في كثير من المعاملات المستحدثة كحكم خطابات الضمان وكونها على التبرع حتى لا يأخذ المصرف أجرة على إصدارها أو غير ذلك، ومنه أيضاً النظر في شهادات الاستثمار وتنزيل بعضها أو كلها على حكم الربا. ومنه كذلك ما أخذ به المشرع المصري في موضوع الوصية الواجبة وتنزيل الأحفاد الذين مات أصلهم الذي ينتسبون به إلى الميت في حياته ولا يرثون منه شيئاً لوجود من يحجبهم من أعمامهم. ومنه الاختلاف في تضمين المنافع بغصبها.

٢ـ ما ورد فيه نص غير قطعي في ثبوته أو دلالته، ويشمل الاجتهاد استفراغ الوسع للحكم على النص الظني الثبوت بالقبول أو الرد إذا لم يثبت، كما يشمل النظر في النص لفهم دلالته.

وبهذا فإن مجالات الاجتهاد عديدة متنوعة وتتعلق بالنظر في النص لمعرفة ثبوته، وبتفسير النص ومعرفة معناه، وبالحكم فيما لم يرد فيه نص.

باب الاجتهاد:

لا بديل عن الاجتهاد إذا أريد للفقه الإسلامي الإحياء والقيام بدوره في قيادة التقدم والرقي. وقد فسر البعض أقوال بعض الفقهاء المنتسبين الذين عاشوا في القرن الرابع على أنها تفيد إغلاق باب الاجتهاد. فقد كان الكرخي الحنفي يفتي بوجوب حمل كل آية أو حديث يخالف مذهب أصحابه على أنه منسوخ أو مؤول على معناه الظاهر. وقد استنتج الكثير من المحدثين من ذلك ومن عدم ظهور

شخصيات فى وزن أئمة المذاهب قروناً عديدة على أن باب الاجتهاد أغلق منذ فترة بعيدة.

وقد انهمك البعض فى رصد الأسباب التى أدت إلى إغلاق باب الاجتهاد، وتمادى آخرون فتنادوا بوجوب فتح باب الاجتهاد، ودخلوا فى حوار مع فريق افترضوا أنه يخالفهم فى الرأى ويوجب العمل على اتخاذ الوسائل الكفيلة باستمرار إغلاق باب الاجتهاد.

وهذه القصة المفتراة من أولها لآخرها لا تعكس حقيقة الوضع، إذ لم يتوقف القضاة والمشتغلون بالعمل القانونى عن العمل فى المحاكم حتى عصرنا الحديث الذى أجبر فيه الفقه الإسلامى على إخلاء الطريق لتطبيق القوانين المستمدة من القوانين الأوروبية فى تجربة لم يشهد لها التاريخ مثيلاً، وقد كان الترويج لفكرة إغلاق باب الاجتهاد التاريخية من الأفكار الملائمة لهذا الدور التاريخى.

والواقع أن الاجتهاد المطلق الذى يبدأ فيه العالم من البداية ويتجاهل آراء غيره ولا يقبل الاستناد إلى شئ منه اجتهاد لم يوجد، والحق أن كل إمام قد بدأ من حيث انتهى الآخرون، وينطبق ذلك على أبى حنيفة وغيره من الأئمة الذين استفادوا بجهود سابقيهم فى الفروع والأصول على السواء. غير أن المبالغة فى قوة الأجيال الأولى من الأئمة قد أدى إلى الحكم بالضعف البالغ على من أتى بعدهم، وبدت اجتهاداتهم شاحبة الظلال فى الضوء البعيد المبهر لهؤلاء الأئمة فحكم مؤرخو التشريع على المتأخرين بالضعف وادخروا إعجابهم وأضفوا أوصاف القوة والإجلال على هؤلاء الرواد الأوائل. غير أن الذى يجب التنبيه إليه أن هذه الأجيال المتأخرة قامت بأدوارها المطلوبة منها على أفضل وجه وقدمت تطويرات مناسبة لمباحث الفقه الإسلامى وأحكامه فى ضوء التغيير المحدد الذى لحق بالمجتمعات الإسلامية قبل العصر الحديث.

أسباب الخلاف بين المجتهدين:

اختلف الفقهاء المسلمون في اجتهاداتهم منذ عصر الصحابة اختلافات واسعة شملت كل مجالات الاجتهاد، ويرجع الخلاف بينهم إلى الأسباب التالية:

١- الاختلاف في ثبوت الحديث أو عدم ثبوت نسبته إلى الرسول ﷺ ورفض الاحتجاج به أو قبوله تبعاً للتسليم بنسبته أو إنكار هذه النسبة.

٢- الاختلاف في فهم النصوص الشرعية، تبعاً للخلاف بين الفقهاء في قواعد التفسير اللغوية كدلالة العام ونوع هذه الدلالة من حيث القطعية أو الظنية.

٣- الاختلاف في إلحاق ما لم يرد فيه النص بهذا الأصل أو غيره من بين الأصول المنصوص على حكمها. من ذلك اختلافهم في ميراث الجد وقضاء بعضهم بحجبه للإخوة بناء على إلحاقه بالأب والتسوية بينهما في التقدم على الإخوة، وهذا هو مذهب عدد من الصحابة، من بينهم أبو بكر وابن عباس وعثمان وعائشة، وهو ما أخذ به أبو حنيفة، وخالف في هذا الإلحاق عدد من فقهاء الصحابة، ورأوا أن الجد كالإخوة في الإدلاء والانتساب للميت عن طريق الأب، وهو لا يستوى مع الأب في حجبهم، فإنهم حجبوا بالأب لكونهم يدلون به إلى الميت، وليس الأمر كذلك في الجد لأنهم لا يدلون به فلا يحجبهم. وهذا هو مذهب عدد من كبار فقهاء الصحابة، منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وابن مسعود وهو مذهب مالك والشافعي الذى انتصر لهذا الرأى في الرسالة [1].

٤- الاختلاف في الأحكام لتغير الزمان والمكان والظروف. من ذلك أن عمر حكم بلزوم الطلقات الثلاث في لفظ واحد وإيقاعها ثلاثاً رغم أنها لم تكن تحسب إلا واحدة في زمن النبي ﷺ وأبى بكر وصدر خلافة عمر. وإنما هو

(١) الرسالة، ص ٥٩١ - ٥٩٦.

التغيير فى الحكم لأن عمر قد رأى الأزواج يخالفون ما قصده الشارع من شرع الطلقات الثلاث ويجمعونها فى لفظ واحد بقصد التعجيل والإساءة للزوجات، فعاقب عمر الأزواج بإيقاع ما أوقعوه. غير أن احتساب الطلقات الثلاث ثلاثاً قد أدى إلى شيوع ظاهرة التحليل فيما بعد. وقد تصدى لها ابن تيمية ووجد بعض علاجها فى العودة إلى إيقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة.

ومنه كذلك أن خيار الرؤية فى شراء الدور كان يسقط برؤية حجرة واحدة من الدار المبيعة لأن هندسة البناء كانت تقوم على التكرار، فيحصل العلم بالمبيع برؤية حجرة واحدة. غير أن تطور هندسة البناء والاعتماد على التنوع فى رسم الحجرات التى تتألف منها الدور قد أدى إلى الحكم بعدم سقوط الحق فى خيار الرؤية إلا بمعاينة الحجرات التى تتألف منها الدار جميعها لأنه لا يحصل للمشترى العلم بالمبيع إلا على هذا النحو.

وقد كان هذا السبب ذا أهمية كبيرة فى حدوث الخلاف بين الفقهاء، وهو ما يتضح فى التعليق الذى يكثر وروده على الاختلاف الفقهى بأنه «اختلاف عصر وزمان لا اختلاف دليل وبرهان».

وقد أثمر هذا الاختلاف ثروة تشريعية ضخمة احتوت على العديد من النظريات والاتجاهات وطبعت الفقه الإسلامى بطابع المرونة والتسامح، إزاء الاجتهادات المختلفة. وهذا هو ما يوجزه قول عمر بن عبد العزيز: «ما أحب أن أصحاب رسول الله لم يختلفوا، لأنه لو كان قولاً واحداً كان الناس فى ضيق، وإنهم أئمة يقتدى بهم فلو أخذ رجل بقول أحدهم كان فى سعة».

الاجتهاد فى العصر الحديث :

تمس الحاجة إلى الاجتهاد فى العصر الحديث فى إطار سعى الدول الإسلامية إلى بناء نهضتها، ولا يبعد أن يكون هذا الاجتهاد أهم وسائل بناء هذه

النهضة، ولذا فقد تواردَ المصلحون المحدثون على الدعوة إليه والمطالبة به، نلمس ذلك في دعوة المجدد الإمام محمد عبده إلى ممارسته والمطالبة بالخروج من أسر التقليد الذى يعد في رأيه هو المسئول الأول عن الضعف والخمول الذى آلت إليه أحوال المسلمين.

وقد مارس محمد عبده الاجتهاد في عدد من الفتاوى التى خرج فيها على آراء معاصريه المتقيدين بالتمذهب والتقليد، كما مارسه كذلك في تفسير النصوص الشرعية تفسيرات تتسم بالجدة والابتكار وتتفق مع الميول السائدة. وعلى سبيل المثال فإن رأيه في المنع من تعدد الزوجات إذا انطوى على خوف الظلم في معاملتهن يعبر عن هذا الاجتهاد الذى دعا إليه هذا الإمام. ذلك أنه يجمع بين قوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا﴾، وبين قوله تعالى: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾، ويفسرهما بأن الذى يستخلص من مجموع ما في الآيتين أنه لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إن خيف عدم العدل طبقاً للنص القرآنى، ناهيك عن التيقن من الوقوع في الظلم الذى لا تخطئه العين الملاحظة لأحوال التعدد في عصورنا؛ حيث يشيع الحقد بين الزوجات وأولادهن، ويكاد محمد عبده لا يبيح التعدد إلا إذا وجد سبب معقول يلجئ إليه، كما هو الحال إذا كانت الزوج عقيماً أو مريضة مرضاً لا تستطيع معه القيام بواجبات الحياة الزوجية.

وقد تطلع مجدد آخر هو فيلسوف الشرق محمد إقبال إلى تبنى الاجتهاد باعتباره الأسلوب الضرورى لبعث الحركة والحيوية في المجتمعات الإسلامية، بناء على أن الشخص الذى «تتناوبه سلسلة من نفس الأفكار المتكررة ونفس الشعور المتكرر لا تنتابه أفكار وشعور مطلقاً، وهذا هو نصيب معظم الأمم الإسلامية اليوم، فهم يكررون القول بالقيم التى قال بها السلف بطريقة آلية» (١).

(١) تجديد الفكر الديني في الإسلام لمحمد إقبال، ترجمة عباس محمود ص ١٨٦.

ويلفت إقبال النظر إلى أن الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية قابلة للتطور ومراعاة احتياجات المجتمعات الإسلامية الحديثة على شريطة أن يواجه العلماء هذه الاحتياجات بالروح التى كان يواجه بها عمر بن الخطاب مشكلات عصره. ومع هذا فإن إقبال يحذر من أن حرية الفكر قد تفضى إلى شئ من الانحلال، كما أن فكرة القومية الجنسية التى تعمل عملها فى المجتمعات الإسلامية الحديثة قد ينتهى بها الأمر إلى القضاء على النظرة الإنسانية العامة الشاملة التى تشربتها نفوس المسلمين من دينهم [1].

ويتفق إقبال مع فون كرامر Von Kremer فى أن المذاهب الفقهية «ليست إلا تفسيرات فردية (شخصية تنتسب لأصحابها) وهى بوصفها هذا لا تستطيع الزعم بأنها القول الفصل، وعلماء الإسلام - فيما أعلم - يقولون بتقليد مذاهب الفقه المشهورة، وإن كانوا لم يجدوا قط أن من الممكن من الوجهة النظرية إنكار حق الاجتهاد المطلق».

ويتضح من حديث إقبال عن الاجتهاد أنه كان واعياً بالمخاطر التى قد يسفر عنها فتح باب الاجتهاد على مصراعيه، ولكنه يفضل مواجهتها مع الالتزام بما يوجبه الحرص على الخلود إلى الدعة والاستسلام للموروث، ويستند إلى حكم القرآن الكريم على الوجود بأنه قد خلق للعمارة والترقى فى الانتهاء إلى هذه النتيجة ، وهى أن «لكل جيل الحق فى أن يهتدى بما ورثه من آثار أسلافه من غير أن يعوقه ذلك التراث فى تفكيره وحكمه وحل مشكلاته الخاصة » [2].

وإذا كان الاجتهاد واجباً على هذا النحو لتحقيق التقدم الاجتماعى وللحفاظ على المصالح المتلاحقة والمتجددة للمجتمعات الإسلامية، فقد لقيت الدعوة إلى ممارسته فى التقنينات الحديثة كثيراً من القبول على نحو أدى إلى

---

(١) السابق، ص ١٨٧.
(٢) السابق، ص ١٩٢.

إنحسار الدعوة إلى وجوب التقليد والأخذ بالرأى الراجح فى المذاهب الفقهية. ويكشف عن مدى الاستجابة للدعوة إلى الاجتهاد فى مواقف هؤلاء العلماء الذين شاركوا فى صياغة قوانين الأحوال الشخصية والقوانين الأخرى التى صدرت فى العالم الإسلامى فى هذا القرن.

أنواع الاجتهاد فى العصر الحديث:

لقد تتابعت التقنينات التى صدرت فى هذا القرن وسابقه، كما صدرت العديد من الفتاوى فى المعاملات الحديثة، واستندت بعض أحكام هذه التقنينات وتلك الفتاوى إلى الاجتهاد الذى يمكن التمييز بين أنواعه المختلفة فيما يلى:

١ـ الاجتهاد المتعلق بتفسير النصوص فى ضوء الواقع الاجتماعى السائد مما قد ينتهى إلى مخالفة التفسيرات الموروثة. من ذلك تفسير محمد عبده للنص المتعلق بالتعدد فى ضوء ما يصاحبه الآن من مشكلات وابتعاد فى المعاملات والعلاقة بين الزوجات عما يوجبه العدل ولذا انتهى إلى المنع من التعدد إلا إذا وجد سبب يسوغه. ولا يغفل محمد عبده عن حقيقة إقبال الصحابة وكبار الأئمة على التعدد، لكنه يظهر الفرق بين ما كان سائداً فى أيامهم من قبول النساء له وسيطرة الدين على نفوسهن ونفوس أزواجهن مما ييسر الالتزام بما يوجبه العدل فى معاملتهن والمودة فى العلاقة بينهن. أما بعد فساد الزمان واضطراب النفوس وضعف الأخلاق فإن التعدد يحظر على وجه العموم إلا إذا وجد سبب يسوغه، كعقم الزوجة أو مرضها.

٢ـ الاجتهاد المتعلق باستنباط أحكام شرعية للعلاقات والمعاملات الحديثة التى لم يواجهها الفقهاء السابقون، ومن ذلك النظر فى معاملات البنوك والخدمات التى تقدمها لعملائها لاستنباط أحكامها الشرعية، كالاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وتأجير الخزائن الحديدية وحفظ الأمانات ودفع فواتير المياه والغاز والكهرباء، وخدمة الأوراق التجارية والتعامل فى البورصة والتأمين التجارى والتبادلى أو التعاونى.

ولا شك في أن هذا النوع من الاجتهاد قد استند بدرجة كبيرة إلى التراث الفقهي للمذاهب، وأخذ بمناهجها في النظر إلى المسائل لإلحاقها بأصل من الأصول الشرعية. ولذا فإن هؤلاء المجتهدين قد انتهوا إلى إلحاق هذه الخدمات المصرفية بعقود فقهية معروفة، فألحقوا الاعتمادات المستندية المغطاة بالكامل من قبل العميل بعقد الوكالة بأجرة، كما ألحقوا الاعتمادات المستندية غير المغطاة قيمتها من العميل بالمشاركة أو المرابحة بتفصيل ليس هذا محله. ويلتحق تأجير الخزائن الحديدية بعقد الإجارة، كما يلتحق حفظ الأمانات بالوديعة بأجرة. أما إدارة الأوراق التجارية ودفع الفواتير فيلتحق بعقد الوكالة بأجرة.

٣ـ الاجتهاد الترجيحي القائم على التخير من المذاهب الفقهية المختلفة بناء على تحقيق المصالح الاجتماعية وقوة الدليل. من ذلك الأخذ برأي المالكية في التفريق بين الزوجين بطلب الزوجة لعيب في الزوج يتعلق بعجزه الجنسي أو بمرضه مرضاً معدياً ويصعب البرء منه. ومنه كذلك الأخذ بمذهب المالكية في التطليق للضرر، والأخذ بمذهب الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد مما لا يناقض أصلاً شرعياً.

وعلى الرغم من أن التخير من آراء الفقهاء السابقين يدخل في باب التقليد للأخذ فيه برأي سبق التعبير عنه، فإنه يتصل بالاجتهاد من وجه آخر، بناء على تأمل المتخير في الأدلة ووزنها وتفكيره في المصالح وطرق إعمالها، وهو بهذا التأمل يبتعد عن المقلد.

٤ـ الاجتهاد الجماعي الذي تقوم به المؤسسات العلمية العديدة التي زاد الاهتمام بإنشائها في العصر الحديث، وذلك كالمجامع الفقهية التي بدأ نشاطها يتطرق إلى كثير من المشكلات والنظريات المعاصرة للتفكير فيها من الوجهة الشرعية. ويقابل هذا النوع من الاجتهاد كلاً من الاجتهاد الفردي والإجماع. وتشتد الحاجة إلى الاجتهاد الجماعي في العصر الحديث. في مواجهة كثرة

المشكلات العملية التى جدت فى الحياة المعاصرة، وصعوبة التوصل إلى الحكم الشرعى فيها عن طريق الاجتهاد الفردى، أو الانتظار إلى أن يتحقق الإجماع، ولذا فقد نشأ العديد من مؤسسات الفتوى الجماعية فى البلاد الإسلامية.

ولعل مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف من أهم هذه المؤسسات التى قادت الاجتهاد الجماعى وأرست أسسه، وهناك الآن عدد من المجامع الفقهية التى تتولى هذا النوع من الاجتهاد من أشهرها مجمع الفقه الإسلامى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى، ومنها كذلك مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى، والمأمول أن تسهم هذه المجامع فى تطوير التفكير الفقهى وإقداره على التعبير عن المصالح الاجتماعية.

وسأعرض لمؤسسات الاجتهاد الاجتماعى ونماذج من اجتهاد هذه المؤسسات بشئ من التبسيط والتفصيل فيما يلى:

مؤسسات الاجتهاد الجماعى :

يتجه الاجتهاد إلى اتخاذ الشكل الجماعى فى فترات التحول التاريخى التى شهدتها المجتمعات الإسلامية، نظراً لما يصاحب هذه الفترات من تعدد المشكلات وخطور واشتداد الحاجة إلى ضبط هذه المشكلات والبحث عن حل لها، وهذا ما نشاهده فى مشاورات الصحابة أيام الخلفاء الراشدين، وبخاصة فى عهد عمر، وهو ما نشاهده كذلك فى العقود الأخيرة من القرن الأول الهجرى، حيث نشأت المدارس الفقهية التى عبرت كل منها عن التفكير الفقهى لبيئتها. وكانت المذاهب الفقهية وعاء لتجميع جهود ممثليها وعلمائها فى فترة نشأتها الأولى. وقد نشطت مؤسسات الفتوى فى العصر الحديث لكثرة المشكلات التى تواجه الفقهاء وتنوعها وصعوبة التوصل فيها أو فى أكثرها إلى الحكم الشرعى باجتهاد فردى، ويمكن القول بأن هذه المؤسسات هى التى تقود التفكير الفقهى فى العصر

الحديث، وهى التى تصدر عنها الفتاوى الشرعية للإجابة عن الحكم الشرعى فيما يواجه المسلمين من مشكلات فى العصر الحديث، ويلزم لهذا الاهتمام بما تصدره هذه المؤسسات من فتاوى بتجميعها ونشرها ودراسة أسسها وتحديد مجال الاتفاق فيها أو الاختلاف مع معرفة أسبابه. وهذا مدخل مهم للغاية فى تطوير التفكير الفقهى فى العصر الحديث. وفيما يلى تعريف بأشهر هذه المؤسسات.

١ـ مجمع البحوث الإسلامية بمصر، أنشئ مجمع البحوث الإسلامية بمصر بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ ـ ١٣٨١هـ ليحل محل جماعة كبار العلماء ويزاول نشاطاً أوسع يتكافأ مع اتساع نطاق النشاط الفكرى والثقافى. ويتألف هذا المجمع من عدد لا يزيد عن خمسين عضواً من كبار علماء الإسلام الذين يمثلون المذاهب الإسلامية المختلفة، ومن بينهم عشرون عضواً على الأكثر من خارج المجمع، ويدعو إلى اجتماعاته وإلى مؤتمره الذى يجب أن يتم مرة كل عام.

ويضم المجمع بين لجانه العديدة لجنة البحوث الفقهية، وهى اللجنة التى وضعت الكتب الخاصة بتقنين الشريعة الإسلامية فى المذاهب المختلفة، كما يضم المجمع لجنة الفتوى التى نشأت فى عهد الشيخ محمد مصطفى المراغى عام ١٩٥٤، وضمت إلى المجتمع بعد إنشائه.

وقد نشط المجلس فى بداية عهده وصدرت عنه العديد من الدراسات والبحوث والفتاوى التى كانت ذات أثر بعيد فى تطوير التفكير الفقهى، منها ما يتعلق بالاجتهاد والموارد المالية فى الدولة الإسلامية، والحسبة، والعلاقات الدولية، والمعاملات المصرفية، واستثمار الأمول والاقتصاد الإسلامى، ومع ذلك فإن هناك معوقات كثيرة تضعف من عمل هذا المجمع ولا تمكنه من تحقيق الأهداف المرجوة من إنشائه، والأمل كبير فى قيام المسئولين عن هذا المجمع بواجبهم فى تنشيط دوره، وبعث الحياة فى لجانه ودراساته وخططه، لأنه لا غنى عن الدور

الذى يقوم به فى ممارسة الاجتهاد الجماعى فيما يواجه الناس من مشكلات [1].

٢- مجمع الفقه الإسلامى الدولى بجدة: أصدر مؤتمر القمة الإسلامى الثالث المنعقد فى يناير ١٩٨١ بمكة المكرمة قراره بإنشاء هذا المجمع لدراسة مشكلات الحياة المعاصرة والاجتهاد فيها اجتهاداً أصيلاً فعالاً بهدف تقديم الحلول النابعة من التراث الإسلامى والمتفتحة على تطوير الفكر الإنسانى. وتم انعقاد المؤتمر التأسيسى للمجمع فى يونيو ١٩٨٣، وكان من أهدافه العمل على بيان الحكم الشرعى فى المشكلات التى تواجه الأمة الإسلامية، بما يحقق الالتقاء على هذه الأحكام وتطبيقها. ويضم المجلس فى عضويته عدداً كبيراً من العلماء والفقهاء البارزين فى الدول الإسلامية (عضو لكل دولة) ويبلغ عددهم ٥٢ عضواً، فضلاً عن مائة خبير فى شتى علوم المعرفة.

وقد بلغ عدد الموضوعات التى تمت دراستها من قبل هذا المجمع تسعة وستين موضوعًا فى تسع دورات انعقدت حتى عام ١٩٩٥. وتدور هذه الموضوعات حول الزكاة والتأمين وحكم التعامل المصرفى بالفوائد وتوظيف الزكاة فى مشاريع ذات عائد وأطفال الأنابيب ونقل الأعضاء الإنسانية وبدل الخلو والبهائية وتنظيم النسل والوفاء بالوعد فى المرابحة والإيجار المنتهى بالتمليك وبيع التقسيط والصور المستحدثة للقبض والأسواق المالية وبيع الوفاء والحقوق الدولية وبيع العربون والتحكيم وتجارة الذهب والمناقصات وبطاقات الائتمان والاستثمار فى الأسهم وغير ذلك مما يدل على أهمية الموضوعات التى يصدر فيها المجمع الفقهى رأيه.

٣- مجمع الرابطة: نشأ المجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى عام

---

[1] راجع البحث المطول الذي قدمه الأستاذ الدكتور عبد الفتاح بركة إلي ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي المنعقدة بكلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية في ديسمبر ١٩٥٦ بعنوان ؛ الاجتهاد الجماعي في مصر، مجمع البحوث الإسلامية.

١٨٨٣م لأهداف لا تبعد عن الأهداف التى أنشئ المجمع الفقهى الدولى السابق الذكر، ويضم هذا المجمع كذلك عدداً من الفقهاء والعلماء البارزين من مختلف أنحاء العالم الإسلامى لدراسة المشكلات التى تواجه البلاد الإسلامية ومعرفة الحكم الشرعي لهذه المشكلات. ومن جهة أخرى فإن هذا المجمع يهدف إلى إحياء التراث الفقهى ونشره والعمل على تشجيع البحث العلمى الفقهى. وقد أصدر هذا المجمع عدداً من الفتاوى فى كثير من المسائل والمشكلات المعاصرة كحكم الشرط الجزائى فى العقود، وحكم القاديانية والانتماء اليها، وكذا البهائية والوجودية والتأمين بشتى صوره وأشكاله، والعمل بالرؤية بالنظر فى إثبات الأهلة، لا بالحساب الفلكى.

٤ـ هيئة كبار العلماء بالرياض التى أنشئت عام ١٣٩١هـ، وقد نص مرسوم إنشاء الهيئة على قيام لجنة تتفرع عن هذه الهيئة تكون مهمتها إعداد البحوث الفقهية لمناقشتها من قبل الهيئة وإصدار الفتاوى فيما يوجه إليها من أسئلة. وأكثر هذه الأسئلة فيما لا يخفى فى موضوعات العبادات والعقائد والأحوال الشخصية، وتسمى هذه اللجنة «اللجنة الدائمة للبحوث والفتاوى».

٥ـ هيئة الفتوى فى الكويت التى بدأ عملها سنة ١٩٦٩ وتتبع هذه الهيئة وزارة الأوقاف، وتضم هذه الهيئة إدارة الإفتاء وإدارة البحوث والموسوعات الإسلامية. ويوضح الدكتور خالد المذكور منهج عمل هذه الهيئة بأنها لا تتدخل فى المسائل التى بت فيها القضاء، وقال فيها كلمته، أو تلك التى تكون معروضة أمامه إلا إذا طلب منها ذلك رسميًا، وكذلك فإنها لا تتقيد بمذهب من المذاهب، لكنها نادراً ما تخرج على فقه المذاهب الأربعة. ويقوم اجتهاد الهيئة بهذا على التخير من المذاهب الفقهية.

ويصعب حصر مؤسسات الفتوى والاجتهاد الجماعى فى هذا الجزء، وإن كان فى ذكر هذه النماذج ما يساعد على تصور عمل هذه المؤسسات وأهميتها

فى إثراء التفكير الفقهى المعاصر وبيان ضرورة العمل على نشر ما يصدر عن هذه المؤسسات والتنسيق بينها.

ومن المناسب الإشارة إلى أهمية أبحاث الندوة التى عقدتها كلية الشريعة والقانون فى ديسمبر ١٩٩٦ حول أسلوب الاجتهاد الجماعى ومنهجه وضرورته وموضوعاته ومؤسساته العديدة فى البلاد الإسلامية.

أحكام الاجتهاد :

يتعلق بالاجتهاد عدد من الأحكام التى أجملها فيما يلى:

١ـ الاجتهاد فرض كفاية على المجتمعات الإسلامية بحيث لا يسوغ إهماله، ويجب العمل على وجود طائفة تتخصص فى العلوم اللازمة لممارسة الاجتهاد فى الوقائع التى تحدث وتنشأ فى هذه المجتمعات. وهذا هو معنى قوله تعالى: ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم﴾. ويستلزم فرض الكفاية التحول إلى أن يكون فرض عين إذا لم يوجد من يقوم به.

٢ـ لا يصح القول بإغلاق باب الاجتهاد كما لا يصح القول بوجوب تقليد مذهب من المذاهب الأربعة. وقد ذهب ابن الصلاح وبعض العلماء إلى وجوب تقييد القاضى بمذهبه، وينقل السيوطى فى ذلك قول ابن الصلاح: «لا يجوز لأحد أن يحكم فى هذا الزمان بغير مذهبه. فإن فعل نقض لفقد الاجتهاد فى أهل هذا الزمان». ورأى القرافى أن اجتهاد القاضى ينقض إذا خالف المذاهب الأربعة، ويكون القاضى كأنه خالف الاجماع. وأفتى العز بن عبد السلام بأن «الحاكم المعلوم المذهب إذا حكم بخلاف مذهبه وكان له رتبة الاجتهاد أو وقع الشك فيه فالظاهر أنه لا يحكم بخلاف مذهبه فينقض حكمه». ومع ذلك فإن الماوردى يجيز للقاضى الشافعى إذا أداه اجتهاده فى قضية أن يحكم بمذهب أبى

حنيفة، وتقرر على قضائه ولا ينقض. لكن منع منه بعض الشافعية لتوجيه التهمة إليه ولأن السياسية تقتضي استقرار المذاهب وتمييز أهلها»[1].

والواقع أن مثل هذه الدعاوى التى توجب التحجر على رأى أو مذهب من المذاهب الأربعة منقوضة بما ألزمت به النصوص من وجوب الرد إلى الله ورسوله فى التعرف على الحكم الشرعى، وهى منقوضة كذلك بأنه لا دليل على وقف الحق فى الاجتهاد على علماء أمة عبروا عن تجارب عصرهم ولم يعيشوا تجارب غيرهم. ويحصر أصحاب هذه الدعاوى العقل والحكمة فى الأجيال السابقة، كما أن رأيهم يستلزم فقدان الثقة فيمن يأتى بعدهم. ومن المؤكد أن القضاة وأصحاب المسئوليات العملية لا يستطيعون التقيد بما قاله أصحاب هذا الرأى، فقد دأبوا على ممارسة الاجتهاد وعدم الالتزام بما جاء فى مذاهبهم طبقاً لما تدل عليه كتب الفتاوى والنوازل والعمل.

وموقف الشيعة هو وجوب فتح باب الاجتهاد المطلق[2].

٣ـ تنوعت آراء الأصوليين فى النظر إلى اختلاف المجتهدين بالتصويب أو التخطئة، واتجه الأصوليون فى ذلك اتجاهين:

● الأول: اتجاه المصوبة الذين يذهبون إلى أن الحق متعدد وغير متعين، وأن كل ما يصل إليه المجتهد باجتهاده فهو حق، وإنما أطلق على أصحاب هذا الاتجاه أنهم مصوبة لأنهم يرون أن كل مجتهد مصيب وإن اختلف رأيه مع رأى غيره. وينطلق أصحاب هذا الاتجاه من أن الحكم الشرعى فى الفروع الفقهية هو ما غلب على ظن المجتهد بعد التحرى والتدقيق فى الأمارات والعلامات والأدلة التى نصبها الشارع. ومعنى ذلك أن الله تعالى ليس له حكم معين فى الواقعة التى

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٧.
(٢) الأصول العامة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم، ص ٦٠٥.

ينظرها المجتهد قبل قيام المجتهد بهذا البحث والتحرى. وينشأ حكم الله تعالى من وصول المجتهد إلى شئ معين باجتهاده وتحريه، وهكذا فإن حكم الله تعالى تابع لظن المجتهد، وهذا الاتجاه هو مذهب الأشاعرة والمعتزلة والقاضى الباقلانى وبعض أصحاب أبى حنيفة والشافعى.

● أما أصحاب الرأى الآخر، فيذهبون إلى أن الحق متعين وغير متعدد وأن من أصابه فله أجران: أجر الاجتهاد وأجر إصابة الحق. أما من أخطأه فله أجر واحد، هو أجر الاجتهاد، ولا إثم عليه فى عدم توفيقه للحق. وهؤلاء هم المخطئة. ويحتج هؤلاء بما روى أن النبى ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر». وبما روى عن أبى بكر أنه قال فى الكلالة: «أقول فيها برأيى فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمنى ومنى الشيطان».

وأساس هذا الاتجاه أن لله تعالى حكماً معيناً فى الواقعة المطروحة للنظر أخطأه من أخطأه وأصابه من أصابه. وهذا هو رأى الشافعى الذى أوضح فى الرسالة أنه ليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها. ومعناه أن للشارع حكماً معيناً فى المسألة التى تحدث فى المجتمع، وأن الشارع قد نصب الأمارات والعلامات الدالة على سبيل الحق فى هذه المسألة.

وينتصر الشوكانى لهذا الاتجاه ويهاجم أصحاب الاتجاه السابق ويعتبر قولهم بتعدد حكم الله فى المسألة الواحدة تبعاً لتعدد المجتهدين مخالفاً لما يوجبه الأدب مع الله عز وجل ومع شريعته المطهرة، ويؤكد أن رأيهم هذا لا دليل عليه.

ويترتب على هذين الاتجاهين ما يلى:

أ ـ المجتهد مكلف باتباع ما يؤديه إليه اجتهاده سواء تعدد الحق أم لم يتعدد، ولا خلاف بين المصوبة أو المخطئة فى هذا.

ب ـ لا أساس للتعصب المذهبي أو إزدراء الآراء المخالفة، لأن القول بالتخطئة يوجب عذر الغير فيما أداه إليه اجتهاده وعدم تأثيمه. أما القول بالتصويب فيقتضي النظر إلى أصحاب الآراء الأخرى على أنها تفسيرات مقصودة للشارع وعلى أنها تعبيرات متنوعة عن الحكم الشرعي.

٤ـ اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف، مفهوم هذه القاعدة أن الحاكم بما له من ولاية عامة يستطيع بنفسه إذا بلغ رتبة الاجتهاد أو عن طريق من يفوضه من العلماء أن يختار رأياً من الآراد الاجتهادية المتنوعة ويفرض تطبيقه والعمل به في أمور القضاء. ويلتزم الناس جميعاً بالعمل بهذا الرأي المختار، ولا يحق لأي من المتنازعين أن يطالب بتطبيق رأي آخر في القضية المعروضة لارتفاع الخلاف باختيار الحاكم أو ممثليه.

وتوضيحاً لذلك فإن ما يقدمه الخاطب للمخطوبة من شبكة يأخذ حكم الهدية، فيستطيع المطالبة باستردادها، كهلاك الشيء المهدى أو استهلاكه أو التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية. ولكن يفرق المالكية في هذا بين من تسبب في الرجوع عن الخطبة ويعطون للخاطب الحق في المطالبة باسترداد ما قدمه للمخطوبة إذا كان الرجوع من جهتها، ولا حق له في المطالبة باسترداد شيء من ذلك إذا كان هو الذي قام بفسخ الخطبة.

وقد أخذ القانون المدني المصري بالمذهب الحنفي في ذلك فيرتفع الخلاف في هذا الأمر، ولا يحق لأحد أن يطالب بتطبيق المذهب المالكي في هذا الشأن. وهذا هو معنى ارتفاع الخلاف.

وتنطبق هذه القاعدة على القاضي، فهو حاكم كذلك، ويحق له أن يختار رأياً معيناً للقضاء به بين الخصوم، ولا يحق لأحد أن يلزمه بالعمل برأي آخر.

ويترتب على هذه القاعدة ما يلي:

أ ـ مشروعية التقنين والإلزام للناس بالعمل برأى واحد من بين الآراء الاجتهادية التى تحتملها النصوص الشرعية.

ب ـ جواز تخير القاضى أحد الآراء الاجتهادية للعمل به وإلزام الخصوم حتى ولو كان هذا الرأى مخالفاً لمذهب الخصوم جميعهم أو بعضهم.

﴿ التقليد ﴾

معناه:

التقليد من جعل القلادة فى العنق، ومنه تقليد الولاة بمعنى تكليفهم بالمسئولية وجعلها فى أعناقهم.

ويعنى التقليد في الاصطلاح الأخذ بقول المجتهد والعمل به من غير نظر أو بحث فى دليله. أما اتباع ما جاء به القرآن أو السنة فهو عمل بالدليل ولا يدخل فى باب التقليد. وبهذا يفترق الاتباع عن التقليد فى أن الاتباع عمل بالدليل والتقليد عمل بقول المجتهد الذى يشبه أن يكون واسطة بين المقلد وبين الدليل. وينقل ابن القيم هذا التفريق بقوله: «التقليد معناه فى الشرع الرجوع إلى قول لا حجة لقائله عليه، وذلك ممنوع منه فى الشريعة والاتباع ما ثبتت عليه الحجة، وهو فى الدين مسوغ جائز» [1]. ويذم ابن القيم فيما يدل عليه هذا النص التقليد بجميع أنواعه كى يوجب الاتباع.

ولا يشمل التقليد عمل العامى بقول العامى أو عمل المجتهد بقول العامى، وإنما ينحصر بمعناه الاصطلاحى فى أخذ العامى بقول المجتهد، دون بحث فى

---

(١) إعلام الموقعين ١٩٧/٢، وانظر في تعريف التقليد: المستصفى ٣٨٧/٢، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٩٧/٤، وفواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٤٠٠/٢، وجمع الجوامع ٣٩٣/٢، وتيسير التحرير ٢٤١/٤.

الدليل لعجز العامى عن ذلك. وإذا قلد المجتهد مجتهداً فإن المقلد يتخلى عن قدرته على الاجتهاد وينزل إلى رتبة العامى عند ذلك.

حكمه:

يتجه جمهور العلماء إلى امتناع التقليد فى أصول الدين كمعرفة الله تعالى والاستدلال على وجوده ووحدانيته واتصافه بصفات الكمال. وفى هذا يقول الآمدى: «**اختلفوا فى جواز التقليد فى المسائل الأصولية المتعلقة بالاعتقاد فى وجود الله تعالى وما يجوز عليه وما لا يجوز عليه وما يجب له وما يستحيل عليه،** فذهب عبد الله بن الحسن العنبرى إلى جوازه، وذهب الباقون إلى المنع منه، وهو المختار» [١].

ويستدل الجمهور على امتناع التقليد فى الأصول بما جاء فى القرآن الكريم من ذم هؤلاء الذين اكتفوا بتقليد معتقدات آبائهم دون تفكير أو تأمل فيها. يقول الله تعالى: ﴿**وما أرسلنا فى قرية من نذير إلا قال مترفوها إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مقتدون. قال أو لو جئتكم بأهدى مما وجدتم عليه آباءكم**﴾.

أما التقليد فى الأحكام الشرعية العملية فقد اختلف فيه الأصوليون واتجهوا فى ذلك الاتجاهات التالية:

١ـ القول بمنع التقليد دون معرفة بالدليل، وكأن على العامى عندما يسأل عن حكم ما يريده أن يسأل عن دليل هذا الحكم كذلك. وقد أخذ بهذا الرأى ابن تيمية وابن القيم والشوكانى وابن حزم. ويعبر ابن حزم عن هذا الرأى بقوله: «التقليد كله حرام فى جميع الشرائع، ولم يخص الله بذلك عامياً من عالم ولا

(١) الإحكام للآمدي ٤/٢٠٠.

عالماً من عامى، وخطاب الله تعالى موجه إلى كل أحد، فالتقليد حرام على العبد المجلوب من بلده، والعامى ، والعذراء المخدرة ، والراعى فى شغف الجبال، كما هو حرام على العالم المتبحر ولا فرق»[1]. وقد خصص ابن حزم الباب السادس والثلاثين من كتابه الإحكام لذم التقليد والمنع منه.

٢ـ جواز التقليد للعامى الذى لا يملك القدرة على الاجتهاد. ويستدل القائلون بأن تكليف العوام بالوصول إلى رتبة الاجتهاد يلزم عنه تعطل مصالح الناس واختلال نظامهم وشل الحركة الاجتماعية، إذ كيف يمكن أن ينصرف أفراد الأمة جميعهم إلى التماس الاجتهاد وتعلم العلوم التى تلزمهم فى ذلك. وقد أوجب القرآن انصراف طائفة لالتماس التفقه ورجوعها إلى قومها، ولم يوجب انصراف الجميع لذلك. أما الآيات الدالة على ذم التقليد فتنصرف إلى النهى عن نوع منه، وهو الذى لا يقوم على حجة ، ولا ينهض على أساس كتقليد الجاهل للجاهل ، والضال للضال. وقد نبه القرآن هؤلاء الذين يتبعون آباءهم بأن هؤلاء الآباء ضالين مضلين وينهى الأجيال التالية لهذا عن اتباعهم.

ويستدل الغزالى على جواز التقليد للعامى بفعل الصحابة، «فإنهم كانوا يفتون العوام ولا يأمرونهم بنيل درجة الاجتهاد، وذلك معلوم على الضرورة والتواتر من علمائهم وعوامهم» [1].

التمذهب بمذهب معين:

معناه التزام العامى بأحد المذاهب المعتبرة بحيث لا يخرج عما جاء فيه. وقد اختلف فيه الأصوليون كذلك واتجهوا الاتجاهين التاليين:

● الأول، وجوب التزام العامى مذهباً معيناً لا يتعداه، وهذا هو مذهب ابن الصلاح وإمام الحرمين والغزالى فى المنخول. يقول إمام الحرمين: «أجمع المحققون

(١) المستصفى ٢/١٢٤.

على أن العوام ليس لهم أن يتبعوا مذاهب أعيان الصحابة، بل عليهم أن يتبعوا مذاهب الأئمة الذين سبروا ونظروا وبوبوا الأبواب وذكروا أوضاع المسائل».

وقد رجح ابن السبكى وجوب التزام العامى بمذهب معين لا يخرج عنه، لأن عدم الالتزام من العامى بأحد المذاهب يؤدى إلى تتبعه رخص المذاهب[1]. وإنما نشأ هذا الرأى بعد اكتمال المذاهب وسيطرتها على الناس. وقد نقل الشعرانى عن إمام الحرمين والغزالى والكيا الهراس من الشافعية أنهم كانوا يلزمون تلاميذهم بالتقيد بمذهب الشافعى وأنهم كانوا لا يرون لهم عهذراً فى العدول عنه[2].

وقد بالغ الكرخى فى هذا الاتجاه فذهب إلى وجوب حمل كل آية أو حديث يخالف مذهب أصحابه الأحناف على التأويل أو النسخ ، حتى يتقيد المقلد بهذا المذهب دون خروج عليه لأى سبب. ولعل أشهر من دافع عن قضية التمذهب فى العصر الحديث هو محمد زاهد الكوثرى الذى كان يرى أن اللامذهبية قنطرة اللادينية، وكان يرى أن الداعين إلى عدم التمذهب لا عقل لهم أو أنهم عملاء «لهم غاية ملعونة ترمى إلى تشتيت اتجاه الأمة الإسلامية فى شئون دينهم ودنياهم تشتيتاً يؤدى بهم إلى التناحر والتنابذ يوماً بعد يوم بعد إخاء مديد استمر بينهم منذ بزغت شمس الإسلام إلى اليوم»[3].

وفى إطار من هذا الرأى صيغت مجلة الأحكام العدلية التى طبقت فى تركيا والشام والعراق، والمستمدة في جميع أحكامها من المذهب الحنفى.

● والثانى ، عدم وجوب التمذهب بأحد المذاهب. وقد رجح ابن القيم هذا الرأى ورأى أنه هو الصواب المقطوع به، إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولم

---

(١) جمع الجوامع ٢/٤٠٠.
(٢) الميزان الكبري ١/٤٣.
(٣) مقالات الكوثري ، ص ١٢٠.

يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأمة فيقلده دينه دون غيره، وينقل عن الأئمة أنفسهم المنع من تقليدهم بغير الأدلة التي تستند إليها أقوالهم، فعن أبي يوسف أنه قال: «لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلنا» (١).

وقد اتجه القائلون بعدم وجوب التمذهب والأخذ بأقوال أي إمام من الأئمة المجتهدين إلى اشتراط ما يلي:

١- عدم قصد تتبع رخص المذاهب وتيسيراتها لمجرد كونها رخصاً، لأن هذا يؤدي إلى الأخذ بالتشهي والهوى وإسلام المرء قياده لرغباته مما ينافي التكليف، وقد قال الإمام أحمد بن حنبل: «لو أن رجلاً عمل بقواعد أهل الكوفة في النبيذ وأهل المدينة في السماع وأهل مكة في المتعة كان فاسقاً» (٢).

٢- الاستناد في التخير من المذاهب المختلفة إلى دليل شرعي معتبر طبقاً لما يرد توضيحه فيما بعد.

التلفيق والتخير من المذاهب :

اتجهت القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية والصادرة في هذا القرن إلى الاستفادة من المذاهب المختلفة والنظر إليها نظرة متساوية، وأصبح من المألوف أن يشتمل القانون الواحد ، بل المادة الواحدة على أحكام مختارة من مذاهب متنوعة.

وقد بدأ هذا التخير التشريعي في عام ١٩١٧ حين أخذ قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر في هذا الوقت بحق الزوجة في المطالبة بفسخ الزواج إذا أصيب زوجها بعلة مستحكمة لا أمل في البرء منها، أو إذا غاب عنها دون أن

(١) إعلام الموقعين ٢/١٠٢.
(٢) إرشاد الفحول ٢٧٢.

يقوم بالإتفاق عليها. وقد كان هذا الاتجاه خروجاً على المذهب الحنفى الذى لم يكن يعترف للمرأة بالحق فى التفريق، إلا إذا لم يقدر الزوج على معاشرتها ولو مرة واحدة. وقد فتح ذلك الباب على مصراعيه للاستفادة من فقه المذاهب. فصدر في مصر مرسوم ١٩٢٠ و ١٩٢٩ متضمنين العديد من الأحكام المتخيرة من مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية.

أما قوانين المواريث والوصية والوقف الصادرة فى عامى ١٩٤٣ و ١٩٤٦ فقد كان التخير من المذاهب الفقهية أهم سماتها المميزة لها. وقد استقر العمل بالتخير ولم يعد يثير هذا الجدال الذى أثاره من قبل. وفيما يلى توضيح مفهوم كل من التلفيق والتخير بعد أن استقرت أهميتهما على هذا النحو.

معنى التلفيق:

التلفيق واللفق ضم قطعتى الثوب وخياطتهما معاً. ومعناه عند الأصوليين الجمع بين تقليد إمامين أو أكثر فى فعل أو أمر له أركان وجوانب متنوعة، مع جريان الاختلاف الفقهى فى أحكام هذه الجوانب. بحيث يجرى الأخذ برأى إمام فى جانب من هذه الجوانب، وبرأى غيره فى جانب آخر منها. من ذلك اعتماد مذهب الجمهور فى القول بصحة الوقف وإبطاله فيما زاد على ستين سنة أو جيلين من المنتفعين أيهما أكثر أخذاً بمذهب أبى حنيفة وعدم التقيد بشروط الواقف أخذاً بهذا المذهب كذلك.

ويجب التفريق بين نوعين من التلفيق:

● الأول: التلفيق فى التقليد الذى يمارسه العامى بنفسه كأن يأخذ برأى أحد المذاهب فى أمر وبرأى مذهب آخر فى أمر آخر. مثاله أن يقلد شخص مذهب الشافعى فى الاكتفاء بمسح بعض الرأس فى الوضوء، ثم يقلد أبا حنيفة أو مالكاً فى عدم نقض الوضوء بلمس المرأة، ويأتى بأفعال الوضوء دون نية أخذاً بمذهب أبى حنيفة ثم يصلى.

● والثانى التلفيق فى التشريع والقانون. ويعتمد هذا النوع من التلفيق على اختيار أولى الأمر من العلماء وممثلى الأمة أحكاماً من مختلف المذاهب المعتبرة وجعلها قانوناً يضبط العلاقات والمراكز القانونية. ومن الواضح أن الأمر قد استقر على قبول التلفيق التشريعى، واعتباره أسلوباً مناسباً للتوفيق بين الاعتبارات المتباينة، إذ إنه يحقق الاستفادة بالتراث الفقهى من جهة كما أنه يحقق المصالح الاجتماعية المتنوعة من جهة أخرى.

معنى التخير:

أما التخير فمعناه طلب أخير الأمرين وأفضلهما، وهو فى الاصطلاح الأخذ بأرجح الآراء من حيث تحقيق المصالح وقوة الدليل. وقد يجرى التخير فى إطار المذهب الواحد، كما هو الحال فى مجلة الأحكام العدلية التى جرى فيها الأخذ فى أحيان كثيرة بالرأى الذى كان مرجوحاً فى المذهب الحنفى وترجيحه على الرأى الذى كان راجحاً من قبل. وعلى سبيل التوضيح فقد كان الرأى الراجح فى المذهب الحنفى أن الاستصناع عقد غير لازم، فيجوز للمستصنع أن يفسخ العقد حتى وإن وفى الصانع بالتزاماته، وقد خالف أبو يوسف فى ذلك ورأى لزوم عقد الإستصناع إن جاء الصانع بالمصنوع على وفق الشروط المتفق عليها. ولذا لو اتفق شخص مع مقاول على أن يصنع له منزلاً بأوصاف مخصوصة فبناه بهذه الأوصاف وجب على مستصنع المنزل أن يتسلمه وأن ينفذ التزامه الواجب عليه ولا حق له فى التحلل من العقد وفسخه.

أما التخير من المذاهب المختلفة فقد بدأ فى التشريع كما تقدم فى قانون حقوق العائلة العثمانى الذى صدر فى عام ١٩١٧، وأصبح منذ ذلك الحين الصفة المميزة للتشريعات الحديثة المستمدة من أحكام الفقه الإسلامى.

المتخير:

لا يمارس التخير أحد المقلدين، لأنه يستلزم النظر فى الأدلة المختلفة ووزنها والترجيح بينها، والمقلد ليس أهلاً لذلك، وإنما التخير نوع اجتهاد فيلزم فى المتخير أن يكون مجتهداً فى موضوع النظر ملماً بآراء الفقهاء فى المسألة التى ينظر فيها عارفاً بأدلتهم التى يستندون إليها وبأوجه المصالح التى يأخذونها فى اعتبارهم.

وإذا كان المتخير مجتهداً فى هذا النوع من الاجتهاد الجزئى فيلزم فيه ما يلزم فى المجتهد من شروط على النحو الذى سبقت مناقشته.

مناهج التخير التشريعى:

استمدت قوانين الأسرة المطبقة فى أكثر البلاد الإسلامية من أحكام الشريعة، كما استمدت منها كثير من النظريات والأحكام الشرعية فى القانون المدنى المصرى وفى القوانين المدنية لكثير من البلاد الإسلامية.

ومن الواضح أن التخير هو المنهج الذى يسر لهذه القوانين أمر الاستمداد من أحكام الشريعة الإسلامية، والمعيار الذى حكم هذا التخير فى معظم الأحوال هو تحقيق المصالح الاجتماعية والاتفاق مع القواعد الشرعية الكلية.

ويتخذ التخير فى قوانين الأحوال الشخصية المطبقة فى مصر حالياً مناهج متعددة يمكن التمييز بينها على النحو التالى:

أولاً ـ الأخذ بالآراء الراجحة فى أى من المذاهب الأربعة، وإذا كان المذهب الحنفى هو المذهب المعمول به فى مصر فى مجال الأحوال الشخصية فيما لم ينص عليه من قوانين بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب الأحكام الشرعية الصادرة عام ١٩٣١ فإن قوانين الأحوال الشخصية قد اتجهت إلى مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة لتحقيق المصالح الاجتماعية التى لم يستجب لها المذهب الحنفى بأحكامه المدونة فى كتبه المعتمدة.

يوضح ذلك ما تقدم أن الزوجة فى المذهب الحنفى لا حق لها فى طلب

التفريق إلا إذا لم يستطع الزوج معاشرة زوجته، ويسقط حقها فى طلب التفريق إذا أمكنه معاشرتها ولو مرة واحدة. وهذا هو الذى كان معمولاً به فى مصر قبل صدور مرسوم ١٩٢٠، غير أن المادة التاسعة من هذا المرسوم قد جاءت بالنص على حق الزوجة فى طلب التفريق من زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل وتتضرر بالبقاء معه سواء حدث هذا العيب قبل العقد أو حدث بعده ما لم يثبت رضاها بالزواج منه مع وجود هذا العيب.

وبهذا أصبح من حق الزوجة التطليق للعيوب الجنسية أو للعيوب المرضية التى لا يمكن استمرار الحياة الزوجية معها الا بمشقة وحرج، ولا يشترط إلا تضرر الزوجة بهذه العيوب وعدم رضاها بها، ولا فرق بين حدوث هذه العيوب أو الأمراض قبل الزواج أو بعده.

وفى هذا الاتجاه نفسه جاءت المادة السادسة من مرسوم ١٩٢٩ بالنص على حق الزوجة فى طلب التفريق للشقاق والضرر الذى يوقعه الزوج بها. وقد قصد القانون بهذا إلى رفع الضرر عن الزوجة والاستجابة لبعض المطالب التى سعى إليها المجددون ودعاة الإصلاح الاجتماعى، وكان المذهب المالكى والرأى الراجح فيه خير عون لتحقيق هذه الاستجابة.

ثانياً - العدول عن الأخذ بالمذهب الحنفى فى مسألة من المسائل إلى الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة إذا كان هذا الأخذ يؤدى إلى جلب مصلحة عامة أو دفع ضرر عام.

من ذلك ما أخذ به مرسوم ١٩٢٩ فى مادتيه الأولى والثانية من عدم وقوع طلاق السكران والمكره والطلاق المعلق أو المقترن بشرط إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه، وقد خالف القانون فى هذا رأى جمهور العلماء وأخذ فى تضييق دائرة الطلاق طبقاً لما جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا المرسوم «بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ويوافق أقوال الأئمة وأهل الفقه فيه ولو من غير أهل

المذاهب الأربعة». وقد كانت الآراء التي عبر عنها ابن تيميه وابن القيم في ذلك هي الأساس التي استند اليها المرسوم على وجه العموم في ذلك.

وكذلك جاءت المادة الثالثة في هذا المرسوم (١٩٢٩) بالنص على أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة، وإنما اتبع المرسوم في هذا الذى أخذ به مذهب ابن تيمية وابن القيم اللذين خالفا مذاهب الجمهور في ذلك، قصداً إلى إغلاق باب التحليل الذى تحول إلى أن يكون مشكلة اجتماعية تطلبت التصدى لها ومواجهتها.

ويتسم هذا المنهج بالاستناد إلى المصلحة الاجتماعية كما تتوافر للتخير فيه قوة الاستدلال. ولم يعد يثير هذا المنهج أو سابقه أى جدال في حجيته ومشروعيته.

ثالثاً ـ العدول عن الأخذ بالآراء المقبولة في المذاهب السنية وأقوال الفقهاء من أهل السنة إلى الأخذ بأقوال مستمدة من المذاهب الشيعية.

من ذلك إضافة مصاريف العلاج للزوجة كأجرة الطبيب والمستشفى وثمن الدواء إلى النفقة الواجبة للزوجة، وإنما أخذ مرسوم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ذلك من المذهب الشيعي.

رابعاً ـ العدول عن المذهب الحنفي إلى الآراء الشاذة أو الغريبة التي لا تستند إلى أدلة معتبرة في تقدير العلماء لها. من ذلك الأخذ بجواز الوصية للوارث في قانون الوصية الصادر عام ١٩٤٦، حيث جاء في المادة ٣٧ من هذا القانون النص على أنه «تجوز الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة». وإنما استند القانون في ذلك إلى المذهب الشيعي وإلى بعض الأقوال الشاذة المخالفة للسنة النبوية، فقد صح أن النبي ﷺ قال: «إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث».

ومن هذا كله يتضح تعدد مناهج التخير واعتماد التشريعات الحديثة عليها في الاستجابة للمصالح الاجتماعية المختلفة.

قواعد الاجتهاد والتقليد :

صاغ الفقهاء عدداً من القواعد الكلية التى أوجزت نظرهم فى الاجتهاد والتقليد، وأسوق عدداً من هذه القواعد فيما يلى:

١ـ لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص: الاجتهاد هنا معناه بذل الجهد فى معرفة الحكم الشرعى من مصادره، والنص هنا نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية، وكذا الإجماع. ومعنى هذه القاعدة أنه إن كان النص صريحاً ولا غموض فيه فإن الواجب هو إعمال النص دون اجتهاد فيه. أما إن كان النص غامضاً ولا يدل على معناه بوضوح ويحتمل أكثر من معنى فإنه يلزم إعمال الرأى والتفكير والاجتهاد لفهم المعنى المراد للشارع بالرجوع إلى ما تفيده اللغة والأدلة الشرعية الأخرى وإلى مقصود الشارع كما تقدم.

٢ـ لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل: ومعناه أنه لا يحتج بالدليل الذى يتطرق إليه احتمال الخطأ، إذا قوى هذا الاحتمال بما يؤيده، ولذا فإن شهادة أحد الزوجين للآخر مردودة ، وإن كان عدلاً، لاحتمال المحاباة، وهذا الاحتمال قائم بدليل الزوجية. أما إذا لم يقم الدليل على الاحتمال فلا عبرة به، ولذا تقبل شهادة شخص لا صلة بينه وبين غيره رغم احتمال المحاباة لأن هذا الاحتمال لا يؤيده دليل.

٣ـ ليس للمجتهد تقليد غيره، ومعناه أن الاجتهاد فرض المجتهد، ولا يجزئه أن يقلد غيره.

٤ـ لمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد تقليد غيره. وفى المحصول للرازى حكاية الاتفاق على أن العامى لا يجوز له أن يستفتى إلا من غلب على ظنه أنه من أهل الاجتهاد والورع، وذلك بأن يراه منتصباً للفتوى بمشهد الخلق، ويرى إجماع المسلمين على سؤاله.

٥ـ الاجتهاد، لاينقض باجتهاد مثله، وذلك أن أبا بكر حكم فى مسائل خالفه عمر فيها، ولم ينقض حكمه، وحكم عمر فى الإخوة الأشقاء مع الإخوة للأم بعدم التشريك بينهم فى المسألة المعروفة، ثم حكم بعد ذلك بالتشريك بينهم فى قضية أخرى، وقال «ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى به» ومع ذلك فإن الاجتهاد ينقض باجتهاد أعلى منه.

٦ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والظروف، ومبناه أن الحكم الصادر فى ظروف معينة قد يتغير بتغير الأحوال والظروف، وبناء عليه فإن على المجتهد مراعاة الظروف وتغيرها فى اجتهاده، وعليه أن يجتهد فى كل حالة فى الإطار الخاص بها.

٧ـ تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلة: هذه القاعدة نص عليها الشافعى، وقال: منزلة الإمام من الرعية منزلة الولى من اليتيم [١]. ولذا فليس للإمام التصرف بالعفو عن القصاص مجاناً، لأنه خلاف المصلحة، وله أن يقتص من القاتل إن رأى المصلحة فى ذلك أو يأخذ الدية من القاتل.

٨ـ اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف: معناه أن صاحب الولاية العامة كالقاضى إذا حكم برأى معين من بين الآراء الخلافية فإنه لا يكون للمحكوم عليه الحق فى طلب الحكم عليه برأى آخر من بين الآراء الفقهية، لأن اختيار القاضى رأياً معيناً يأخذ به برفع الخلاف فى الموضوع. وكذا لو اختارت السلطة التشريعية العمل باجتهاد معين، وألزمت القضاة بالأخذ بهذا الاجتهاد، لم يكن لهم أن يعملوا برأى آخر مهما كان له ما يؤيده والتزموا بما ألزموا به.

٩ـ تسقط الحدود بالشبهات، أصل هذه القاعدة ما أخرجه الترمذى والحاكم والبيهقى من حديث عائشة، «أدرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ١٣٤ ، دار إحياء الكتب العربية.

وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله. فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة، وأخرج ابن ماجة من حديث أبى هريرة : «ادفعوا الحدود ما استطعتم».

ومن هذا يتضح أن على القاضى فى تفسيره للنصوص الجنائية على وجه الخصوص أن يكون حذراً وأن لا يقضى بوجوب العقوبة على الفعل إلا إذا اتضح له تجريم الشارع للفعل الذى ارتكبه الجانى، دون شبهة فى ذلك، أما إذا قامت الشبهة فإنها تفسر لصالح المتهم، فإنه إذا أخطأ القاضى فى العفو عن مجرم كان أفضل له من أن يدين بريئاً ويعاقبه.

١٠- لا ينسب لساكت قول ، لكن السكوت فى معرض الحاجة بيان، معنى هذه القاعدة أن الساكت لا ينسب إليه قول، فإذا لم يجرم الشارع فعلاً معيناً لم يكن لأحد أن يعاقب عليه، وكذا لو قلت لشخص بع هذا الذى معك فسكت ولم يعقب فإننا لا ننسب إليه موافقته على البيع، أما لو سكت بما يدل على موقفه فإننا ننسب إليه ما يظهر من سكوته.

ولذا لو أخذ شخص من بائع سلعة ودفع له ثمنها المكتوب فى قائمة الأسعار وسكت البائع فإننا نفهم من ذلك رضاه بالبيع بالثمن الذى تناوله من المشترى، ولا حق له فى ادعاء غير ذلك فيما بعد .

﴿ القسم الخامس ﴾

القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة

تقديم:

إذا كانت القواعد في معناها اللغوى بمعنى الأسس، فإن قواعد الفقه تعنى أسسه التى يقوم عليها، وهى تمثل هذه الأحكام الكلية أو الأغلبية العامة الشاملة التى تندرج تحتها جزئيات عديدة لا يمكن حصرها، وتتميز هذه القواعد فى صياغتها بالإيجاز والوضوح، مما يساعد على استحضارها فى الذهن عند الحاجة إليها، ويعين على تذكر أحكام الجزئيات التى تندرج تحتها، وبهذا فإن دراستها ومراجعتها ذات فائدة كبيرة.

إن الوعى بهذه القواعد يعين على زيادة الوعى بأحكام الفقه الإسلامى فى التطبيق العملى من جانب المشتغلين بالعمل القانونى. وفى اعتقادى أن هذا العمل لم يأخذ حظه من العناية حتى الآن، والكتب المؤلفة فيه ليست سوى حشد وجمع لهذه القواعد، وسأعكف فى هذه الصفحات القليلة على محاولة تصنيفها تصنيفاً موضوعياً يوضح العلاقات المتداخلة بين القواعد الواردة فى الموضوع الواحد، مع مراعاة الأهمية النسبية لموضوعات هذه القواعد. ويساعد هذا على فهم أهمية علم القواعد الفقهية، كما يساعد على إمكان الموازنة بين قواعد الفقه الإسلامى ومثيلها فى القانون الإنجليزى على سبيل المثال.

وأبدأ قبل الدخول فى عرض القواعد الفقهية بإشارة موجزة إلى معنى القواعد الفقهية وتطور هذا العلم وأبرز مؤلفاته.

معنى القاعدة الفقهية:

القاعدة فى اللغة هى الأساس، ومنه قوله تعالى: ﴿فأتى الله بنيانهم من القواعد﴾، وقوله: ﴿وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل﴾. أما فى

اصطلاح الفقهاء فقد عرفها بعضهم بأنها «قضية كلية تنطبق على جزئياتها التى تندرج تحتها» [1]. أو أنها «قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها»[2].

ومعنى ذلك أن القاعدة حكم عام على الجزئيات والفروع المندرجة تحته دون استثناء ويصعب تطبيق ذلك على جملة القواعد الفقهية، ولذا انتهى البعض إلى تعريف القاعدة بأنها حكم أغلبى ينطبق على أكثر الجزئيات التى يندرج تحتها، لتعرف أحكام هذه الجزئيات منها. وتعريف الحموى للقاعدة الفقهية أنها : «حكم أغلبى ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه». وعرفها مصطفى الزرقا بأنها: «أصول فقهية كلية فى نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة فى الحوادث التى تندرج تحتها» [3].

وتشير هذه التعريفات إلى خصائص القاعدة الفقهية، وهى فيما يلى:

١ـ الإيجاز فى الصياغة، من ذلك قاعدة «الضرر يزال» أو قاعدة «الأمور بمقاصدها» ، إذ الواضح أن القاعدتين قد صيغتا فى عبارات قليلة.

٢ـ القاعدة حكم أغلبى يصدق على أكثر الجزئيات التى تندرج تحتها، وليست حكماً كلياً فيما ادعته بعض التعريفات. نعم، هناك بعض القواعد ذات التطبيق الكلى على جزئياتها، غير أن ذلك لا يصدق على كثير من القواعد، ولهذا فإن التطبيق الأغلبى للقاعدة هو الأكثر اتفاقاً مع طبيعة القاعدة الفقهية.

٣ـ تتعلق القواعد الفقهية بالأحكام الشرعية، بخلاف القواعد النحوية أو اللغوية، ولها فائدة كبيرة فى تيسير معرفة الحكم الشرعى دون عناء كبير أو حاجة للرجوع إلى الأبواب الفقهية المختلفة.

---

(١) الكوكب المنير ص ١٣.

(٢) المحلي على شرح جمع الجوامع ٢١/١.

(٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢٢/١.

بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

القواعد الأصولية أدوات للاستنباط والاجتهاد كقاعدة القياس والاستحسان والمصلحة المرسلة وبيان السنة للقرآن ونسخ المتأخر للمتقدم وإفادة العموم اليقين بعد تخصيصه وظنية جبر الواحد وإفادة التواتر اليقين وغير ذلك من القواعد التى تتضمنها المؤلفات فى علم أصول الفقه. وقد عرفت القاعدة الأصولية بأنها حكم كلى يتعلق بكيفيات استنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية ، وتفتقر إلى المجتهد فى تطبيقها. وأهم ما تتميز به عن القواعد الفقهية فيما يلى:

١ـ القاعدة الأصولية كلية لا أغلبية ، لأنها تنطبق بإطراد على جميع جزئياتها، بخلاف القاعدة الفقهية التى تنطبق على معظم الجزئيات والفروع التى تندرج تحتها.

٢ـ يعتمد الفقيه على القواعد الأصولية فى استنباط الأحكام الشرعية، أما القواعد الفقهية فهى ترشد إلى هذه الأحكام وتيسر التعرف عليها وذكرها وضبطها فى ذهن الفقيه، فقاعدة «الضرر يزال» تفيده فى معرفة الحكم الشرعى لتلويث الهواء أو المياه وتذكره بمسلك الشرع فى دفع المفاسد ورفع المضار.

تطور التفكير فى القواعد الفقهية :

أرشد القرآن الكريم والسنة النبوية إلى كثير من القواعد الشرعية، كقاعدة (ماير يد الله ليجعل عليكم من حرج) وقاعدة العدل والمساواة والمصلحة، ووجوب الوفاء بالعقود والعهود وتحريم أكل أموال الناس بالباطل وقاعدة «المسلمون على شروطهم» وما إلى ذلك من القواعد التى تجمعها وتتفرع عنها.

وتشير المصادر إلى أن علماء المذهب الحنفى كانوا أسبق من غيرهم فى جمع القواعد والتأليف فيها. إذ يذكر ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) أن أبا طاهر الدباسى قد جمع فى القرن الرابع الهجرى أهم قواعد مذهب أبى حنيفة، وانتهى

إلى صياغة سبع عشرة قاعدة منها، على رأسها هذه القواعد الخمس الكلية، وهى: الأمور بمقاصدها ـ الضرر يزال ـ العادة محكمة ـ المشقة تجلب التيسير ـ اليقين لا يزول بالشك. وتفيد هذه الرواية أن أبا سعيد الهروى الشافعى قد ارتحل إلى أبى طاهر ونقل عنه هذه القواعد.

وفيما بعد أضاف الكرخى (ت ٣٤٠هـ) عدداً من القواعد فبلغ بها تسعاً وثلاثين قاعدة. ثم توالى فى التأليف فى هذا العلم والتصنيف فيه عدد من العلماء، من بينهم العز بن عبد السلام (ت ٦١٣هـ) صاحب كتاب «قواعد الأحكام فى مصالح الأنام» والقرافى المالكى (ت ٦٦٠هـ) والزركشى الشافعى (ت ٧٩٤هـ) صاحب «المنثور فى ترتيب القواعد الفقهية»، وهو مرتب على حروف المعجم، وطبعته وزارة الأوقاف الكويتية فى أربعة مجلدات. ومن بينهم كذلك ابن رجب الحنبلى (ت ٧٩٥هـ) صاحب كتاب القواعد فى المذهب الحنبلى. ومن أشهر المؤلفات فى هذا العلم كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) وكتاب آخر بالاسم نفسه للسيوطى (ت ٩١١هـ).

وقد تضمنت مجلة الأحكام العدلية فى بدايتها ٩٩ قاعدة فى ٩٩ مادة من المادة ٢ إلى المادة ١٠٠.

وعلى الرغم من دقة الصياغة الفنية لقواعد المجلة فيما يلاحظه الأستاذ مصطفى الزرقا فإنها «قد جاء فى بعض منها شئ من الترادف أو التداخل مع غيره». وكذا فقد تابع بعضها أشباه ابن نجيم على وجه يفتقر إلى الدقة، من ذلك قاعدة : المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد». ذلك أن هذه القاعدة لا تستقيم على هذا الوجه إذ لا يشترط التعمد فى ضمان المتسبب، وإلا لم يجب على المخطئ أو المهمل أو المقصر ضمان، ولانتفى عنهم المسئولية، وهو ما يخالف أحكام الفقهاء فى المذاهب المختلفة. ولعل المسئول عن هذا الخطأ الذى وقعت فيه المجلة هو ابن نجيم نفسه أو النساخ الذين نقلوا عنه.

ومن المعاصرين الذين ألفوا في القواعد الأستاذ مصطفى الزرقا والدكتور صبحي المحمصاني الذى شرح عدداً من القواعد الكلية فى كتابه فلسفة التشريع الإسلامي.

وفيما يلى عرض لأبرز القواعد الفقهية مرتبة ترتيباً موضوعياً.

أولاً - القواعد المتعلقة بالمصلحة

عرف الغزالي المصلحة بقوله: «أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعنى به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع.. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى أو المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا الجنس» (١).

ومن هذا يتضح أن المصلحة فى التعريف الأصولى هى المصلحة التابعة لما أراده الشرع فى تنظيمه للعلاقات الاجتماعية، وتدور هذه المصالح حول هذه الأمور الخمسة، وهى بذاتها مقصود الخلق كذلك وجملة المصالح التى يريدونها لأنفسهم. وليس التعارض الذى يقيمه الغزالى بين التعريف اللغوى للمصلحة والتعريف الاصطلاحى، وإنما يرجع التعارض إلى المقابلة بين المصالح الكلية الجمعية وبين المصالح التى يتصورها كل فرد لنفسه، وذلك لأن حفظ هذه المصالح الخمس مما أراده الشارع وتسعى إليه المجتمعات. وبهذا فإن المصلحة العامة

---

(١) المستصفى ٢٨٦/١.

مقدمة على المصلحة الخاصة فيما تدل عليه القاعدة الفقهية القاضية بهذا المعنى.
وأبرز القواعد المتعلقة بالمصالح فيما يلي:

١ـ «حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله». مفاد هذه القاعدة التي نص عليها ابن القيم، وتتفق مع ما ذكره الشاطبي وغيره من الفقهاء، أن المقصود من الأحكام الشرعية هو تحقيق المصالح ودفع المضار، ولا يختص ذلك بالمصلحة العامة وحدها، بل يتعداها إلى المصالح الفردية كذلك.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الشفعة شرعت لدفع أذى الجيرة أو المشاركة، وكذلك فإن الحجر على المدين المفلس مقصود به حماية الناس من التعامل مع المفلس الذي قد يجرهم إليه جهلهم بحقيقة حاله.

٢ـ «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، مفاد هذه القاعدة أن المصلحة العامة تتقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض بينهما. وتندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة، منها بيع مال المحتكر للطعام جبراً عنه، ومنها حق ولي الأمر في نزع الملكية الخاصة لإقامة طريق أو شق نهر أو ترعة على أن يعوض أصحاب الأرض التعويض العادل عن نزع ملكيتهم. ويدل فرض الزكاة والعشور والخراج والضرائب على وجوب تحمل الضرر الخاص لتحقيق المصالح العامة، ويتفرع عن هذه القاعدة كذلك شرع الجهاد ووجوب مقاومة البغاة ودفع الخارجين على النظام العام والتصدي لمثيري الفتن والمحاربين للمجتمع بما عساه أن يؤدي إلى إزالة شرورهم.

٣ـ الضرورات تبيح المحظورات: تستند هذه القاعدة إلى قوله تعالى: ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾، وقوله: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ ومعناها أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة. ومثال ذلك أن أكل الميتة وشرب الخمر محرمان، ويصيران إلى الإباحة في حالة الاضطرار. ومثل الاضطرار في ذلك الإكراه، فلو أكره على إتلاف مال الغير حل له ذلك، ويرد الضمان على

المكره. ولا يوجب الإكراه إباحة اتلاف مال الغير في هذه الحالة، ولكن يرخص له في هذا الاتلاف، لأن حرمة التصرف في مال الغير لا تزول الا برضاه وإذنه.

ويتفرع على هذه القاعدة حق الطبيب في قطع عضو أو إزالة شئ من الجسد الإنسانى إذا لزم هذا لمصلحة المريض، وللطبيب الإقدام على هذا بغير إذن المريض إن لم يكن لديه فسحة من الوقت للحصول على إذنه، ويتقيد الطبيب في هذا بأصول المهنة وقواعدها. ولسلطات التحقيق أن تقبض على المتهم وأن تضبطه وتحضره إليها مع ما فى ذلك من تقييد حريته لضرورة الوصول إلى الحق وإجراء العدالة.

٤ـ الضرورات تقدر بقدرها: معنى هذه القاعدة أنه لا يحق التوسع فى فعل ما أبيح على أساس الضرورة، ويلزم التقيد بما يخرج الإنسان عن حالة الضرورة. فمن اضطر لأكل الميتة أو شرب الخمر لم يحق له أن يتوسع فى ذلك ولا يتناول إلا مقدار ما يسد الرمق ويدفع الهلاك.

وإذا امتنع المدين عن الوفاء بديونه لم يبع القاضى أموال المدين كلها للوفاء بهذه الديون، ويبدأ بأخذ النقود فإن لم تف بالديون أخذ المنقولات وباعها ثم ينتقل بعد ذلك للعقارات. ويباح إجهاض الحامل فى حدود مائة وعشرين يوماً من بدء الحمل إن كان ذلك سيضر بصحتها ضرراً فاحشاً[1]. وهذه القواعد جميعها لها نظائرها فى القانون الإنجليزى[2]، إلى حد التطابق التام بين القواعد الفقهية ونظائرها هذه.

٥ـ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة : تصرف الإمام والقضاة وممثلو الأمة فى

---

(١) شرح المجلة لخالد الأتاسي عند شرحه للمادة ٢٢.

(2) Broom, Legal Maxims pp. 1,2,3,8

المجالس النيابية والأوصياء ونظار الأوقاف مقيد بمصلحة من هم تحت ولايتهم وينفعهم، وإلا كان تصرف الولى من سلطان وغيره تصرفاً غير صحيح.

٦ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة. ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء، حيث إنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك فصار مرعياً. ومعنى ذلك أن ما هو من قبيل المحرم قد يصير إلى الحل إذا مست الحاجة إليه، دون أن يقع في رتبة الضروريات، ذلك أن بيع الوفاء يتضمن اشتراط رجوع المبيع إلى البائع عند قدرته على الوفاء بثمنه إلى المشترى، والأصل فساد مثل هذا الشرط لمخالفته مقتضى عقد البيع، وهو أن للمشترى الحق في التصرف في المبيع على النحو الذى يشاء، وفي بيع الوفاء اشتراط قيد على هذا الحق، وهو رد المبيع إلى بائعه عند رده الثمن إلى المشترى، وإنما أجازه فقهاء الأحناف في بخارى، بسبب كثرة الديون في أهلها، وأجازه الفقهاء في مصر كذلك للسبب نفسه.

٧ـ الاضطرار لا يبطل حق الغير. يتفرع على هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام غيره يضمن قيمته. ولذا لو صال عليه حيوان كجمل فقتله يضمن قيمته ، وذلك لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

٨ـ الضرر يزال: مستند هذه القاعدة الحديث المرفوع: «لا ضرر ولا ضرار» ومعناها أن من أضر بغيره كان مسئولاً عن رفع هذا الضرر وإزالته، بتعويضه عنه أو رد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر. ويبتنى على هذا الأصل كثير من القواعد والأحكام الشرعية: من ذلك خيار العيب في البيع، وخيار الشرط وحق الزوجة فى طلب التفريق بينها وبين زوجها لوجود عيب من العيوب التى تستحيل معها العشرة الزوجية أو يصعب استمرار الحياة الزوجية معها إلا بمشقة شديدة على الزوجة. وإنما أعطيت الزوج هذا الحق في التفريق رفعاً للضرر الواقع عليها من استمرار الحياة الزوجية.

ومن فروع هذه القاعدة الحكم بالضمان للإهمال، فمن يهمل فى الإشراف على أشيائه كجدران منزله، أو فى رى أرضه، فأدى ذلك إلى إتلاف منزل الجار بوقوع هذه الجدران عليه، أو إتلاف زروع الجار وثماره بتسرب مياه الرى إليها كان مسئولاً عن إزالة هذا الضرر ورفعه وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر. وهذه قاعدة عظيمة تنبنى عليها فروع فقهية عديدة ، ومفادها رعاية مصالح الناس وإيجاب المسئولية على تسبب فى إهدار هذه المصالح.

٩ـ الضرر لا يزال بمثله: هذه القاعدة مقيدة للإطلاق الوارد فى سابقتها. ومفاد هذه القاعدة أن الضرر الواجب الإزالة ينبغى ألا تكون إزالته بطريق يوجب ضرراً مماثلاً أو أعلى منه. ولذا لا يباح لأحد قتل غيره فيما لو أكره على قتل هذا الغير إكراهاً ملجئاً (تحت التهديد بالقتل)، لأن نفسه مكافئة لنفس هذا الغير، فلا يحق له إنقاذ نفسه بإزهاق روح غيره، لأن نفس كل منهما مماثلة للآخر. ومنها كذلك لو غصب أرض غيره وبنى عليها بناء يزيد على قيمة الأرض المغصوبة، فإن صاحب الأرض يخير بين أخذ البناء من صاحبه ودفع قيمته، أو ترك الأرض للغاصب على أن يأخذ قيمتها منه. وكذا فإن مقدار التعويض الواجب فى أحوال القتل الخطأ هو الدية، وقدرها كبير لا يطيقه المتسبب فى هذا القتل بغير قصد منه ولو كلفناه به لأدى إلى إرهاقه فأوجب الشرع لهذا تحميل الدية الواجبة على عاقلة القاتل، وهم أهله أو زملاؤه فى المهنة أو فى الوزارة التى يعمل بها (أهل الديوان طبقاً للإصطلاح الفقهى)، وإنما ذلك للمنع من إزالة الضرر الواقع على أهل القتيل بضرر مثله أو أعلى منه فيما لو ألقينا بهذا العبء على القاتل وحده.

١٠ـ إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما. ومثل هذه القاعدة قاعدة : «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» ، وقاعدة : «يختار أهون

الشرين» ، ومعنى هذه القاعدة أنه إذا دار الأمر بين ضررين تحملنا أخفهما بدفع الأشد منهما. من ذلك الحكم بحبس الأب لو امتنع عن الإنفاق على ولده، وكذا الحكم بحبس الزوج لو امتنع عن الإنفاق على زوجته، لأن حبس الأب أو الزوج لدفع الضرر الأشد الواقع على الابن والزوجة من الامتناع عن الإنفاق عليهما. ومنه المنع من اتخاذ دكان حداد في سوق الحرير، لأن دخان الحداد يفسد جرير التجار. ويمنع من إقامة مصنع يؤذى الجيران بدخانه، لأن صحتهم أولى في الاعتبار مما يلحق صاحب المصنع من ضرر بمنعه من إقامته، وجواز حبس الجناة والمتهمين حبساً احتياطياً للتحقيق معهم من فروع هذه القاعدة. لكن لو كان الضرر الواقع قليلاً إذا قورن بالمنع من النشاط ، كإنشاء مدرسة في الشارع، وصوت التلاميذ عند انصرافهم من المدرسة، ودخولهم يؤذى سكان الحي الذى تقع فيه هذه المدرسة، فلا يمنع من ذلك.

١٠ـ درء المفاسد أولى من جلب المنافع: معنى هذه القاعدة أنه إذا دار الأمر بين جلب مفسدة، وتحقيق مصلحة كان دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة. ولذا فإن تخزين مواد الطعام واحتكارها قد يؤدى إلى مصلحة المحتكر ، ولكن تترتب عليه مفسدة وإضرار بالمستهلكين فيمنع التاجر المحتكر من ذلك، وتباع عليه مواد الطعام جبراً عنه، لأن منع المفسدة أولى من جلب المصلحة. وكذا المنع من إقامة مصنع قريب من المساكن، فإن إقامته تحقق مصلحة صاحبه والعاملين عنده والمستهلكين للناتج منه، غير أن إنشاءه يؤدى إلى بعض المفاسد، فنمنع من إنشائه بناء على هذه القاعدة.

ثانياً ـ القواعد المتعلقة بالملكية

الملك هو اختصاص المالك بحقوق التصرف والانتفاع بملكه اختصاصاً حاجزاً للغير. وفى مقدمة مجلة الأحكام العدلية عدد من القواعد المتعلقة بحقوق

الملكية آثرت أن أثبتها للحث على استكمالها في أبحاث أخرى، وهذه القواعد هي:

١ـ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه: معنى هذه القاعدة أنه لا يجوز لغير المالك أن يتصرف في ماله (المالك) إلا بإذن منه. وهذا مترتب على مفهوم الملك نفسه، لأن معنى كونه مالكاً أن يختص بالتصرف والانتفاع بما يملكه. ولذا حرمت السرقة والغصب والمصادرة لمال الغير والاختلاس وخيانة الأمانة والحرابة وغير ذلك من أشكال التعدى على الملكية.

ولا يختص هذا بالأعيان وحدها، بل يشمل المنافع والحقوق، فمن اعتدى على منفعة مال كان ضامناً لهذه المنفعة سواء استفاد بها أو عطلها فيما أخذ به جمهور العلماء. ومن اعتدى على حق من حقوق التأليف أو التصنيف أو الابتكار كان مسئولا عن تعويضه كذلك. وإنما نازع متقدمو الأحناف في ضمان المنافع لأن النظام الاقتصادى السائد في أيامهم لم يكن يعطى المنفعة هذه القيمة الاقتصادية التي نراها لها الآن، ولم يكن يجرى تداول المنفعة المأجورة إلا في أشكال محدودة. وفيما بعد تغير هذا الواقع الاقتصادى فتغيرت نظرة الأحناف إلى المنفعة وأوجبوا الضمان (التعويض) في التعدى عليها في استثناءات متنوعة، ليس هذا محل تناولها.

وليست هذه القاعدة على إطلاقها، إذ إنها مقيدة بقاعدة الضرورة المبيحة للمحظور. ولذا يجوز للإمام الاستيلاء على مال أحد الناس لتوسيع شارع أو لإقامة جسر أو لشق ترعة كما تقدم. وكذا يجوز للقاضي بيع مال المدين جبراً عنه للوفاء بديونه، وذلك بمقتضى ولايته العامة وبمقتضى واجبه في الوفاء بحقوق الدائنين.

٢ـ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعى، تتفق هذه القاعدة مع سابقتها في أنه ليس لأحد التصرف في ملك غيره بغير مسوغ شرعى، أما إذا

وجد السبب الشرعي فإنه يجعل الأخذ مشروعاً. ولذا يجوز للأب الأخذ من مال الصغير مقدار حاجته إن كان فقيراً وليس عنده ما يكفيه وإنما جاز له ذلك لوجوب نفقته عليه.

٣ـ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل: هذه القاعدة مؤكدة لسابقتها في المنع من التصرف في ملك الغير، فإن لأمر بتصرف شخص في ملك الغير دون ولاية على هذا الغير أو إذن سابق منه لا يجوز. ولذا لو أمره بإتلاف مال الغير أو غصبه أو الانتفاع به لم يفد هذا الإذن انتفاء المسئولية عن المأمور، ويضاف الضمان إليه إن كان المأمور عاقلاً بالغاً عالماً بحقيقة المأمور به وأنه تصرف في ملك لا ولاية عليه للآخر.

٤ـ على اليد ما أخذت حتى تؤديه: هذه القاعدة نص حديث رواه أحمد وابن ماجة والحاكم، ومعناه أن من أخذ مال غيره كان ضامناً لهذا المال حتى يرده إليه، ولذا لو غصب مالا وهلك في يده أو سرق منه أو ضاع كان مسئولاً مسئولية مطلقة لا تنتهي إلا برد قيمة هذا المال لصاحبه. ولا يعذر في ذلك بعدم مسئوليته عن ضياعه أو تلفه.

٥ـ كل مالك ملزم بنفقة مملوكه: معناه أن مالك الحيوان أو الأشياء مسئول عن الإنفاق على ما يملكه، سواء بإطعامه أو بعمارته، ويجبره القاضي على هذه النفقة لو امتنع عنها.

٦ـ ليس لعِرْقٍ ظالم حقٌ: هذه القاعدة جزء من حديث مرفوع أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي الذي أعله بالإرسال. ومفاد هذه القاعدة أن مجهود الظالم وعمله لا يستحق المثوبة عليه. ولذا لو غصب أرضاً وسواها وحرثها وأزال الحشائش منها وجهزها للزراعة وأراد ردها لصاحبه على أن يعوضه عن هذه الأعمال التي قام بها فإن صاحبها لا يجبر على تعويضه عن هذه الأعمال، لأنه ظالم في استيلائه على هذه الأرض، وعمله فيها، وليس لعرق ظالم حق.

ويرد الغاصب المغصوب على نفقته إن كان أخذه إلى مكان بعيد يتحمل فى نقله إليه مالاً.

٧ـ الحق لا يسقط بالتقادم: لا يسقط الحق إلا بقيام سبب شرعى لسقوطه، فالدائن لا يسقط دينه إلا باسقاطه هو، وله الحق فى المطالبة به إلا إذا أسقطه هو، أو بإجراء المقاصة فيه، ولا يكفى مرور الزمان أو التقادم لإسقاط الحق، وإنما الذى يسقط بالتقادم هو الدعوى والخصومة لا الحق، ولذا تظل ذمة المدين مشغولة بالحق إلا أن يؤديه أو يفى به. وطبقاً لذلك فإنه إذا مضت مدة التقادم وأقر المدين بالدين حكم عليه ولزمه ، ولو كان الحق سقط بالتقادم ما أوجبناه عليه.

ومع ذلك فهناك بعض الدعاوى أو الخصومات التى لا تسقط بالتقادم، وهى الدعاوى المتعلقة بمصلحة الجماعة، طبقاً لما جاء فى مجلة الأحكام العدلية (المواد ١٦٦٠ ـ ١٦٧٥).

٨ـ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته: مفاد هذه القاعدة أن من ملك شيئاً يملك ما هو من توابعه وما يلتحق به. ولذا فإن من اشترى داراً شراءً صحيحاً ملك هذه الدار، وملك ما يلتحق بها من مفاتيح وملك الحقوق التى لا يتمكن من الانتفاع إلا بها، كحق المرور والمسيل وما إلى ذلك، وإن لم ينص عليها فى العقد.

ثالثاً ـ القواعد المتعلقة بالضمان

الضمان يعنى المسئولية، فهو ضامنه أى مسئول عنه، وينقسم الضمان فى الفقه الإسلامى إلى نوعين، أولهما : ضمان العقد، أى المسئولية الناشئة عن مخالفة العقد، والثانى ضمان العدوان أى المسئولية الناشئة عن ارتكاب فعل محرم

أو ترك واجب على نحو أدى إلى الإضرار بالغير. ويقابل ضمان العقد بوجه العموم المسئولية العقدية فى القانون، على حين يرادف ضمان العدوان ما يعرف فى القانون بالمسئولية التقصيرية ، وينبنى الضمان على وجوب رفع الضرر والمنع منه والعمل على إزالته.

ومن القواعد المتعلقة بالضمان:

١ـ الخراج بالضمان: وهذه القاعدة نص حديث أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة وأحمد بن حنبل، والخراج هو الغلة والثمرة والمنفعة، ومعنى هذه القاعدة أن الإنسان يستحق خراج الشئ الذى يضمنه وتقع تبعة هلاكه أو تلفه عليه. ولذا فإن مالك الأسهم يستحق ثمرتها وفائدتها، لأنها لو نقصت قيمتها لتحمل هو هذا النقص. ويستحق مالك البقرة لبنها وولدها وزيادتها لأنها لو تلفت لكان التلف على حسابه هو.

وكذلك فإن إعطاء المال على سبيل القرض بزيادة يكون من قبيل الربا المحرم، لأن القرض انتقلت ملكيته إلى المقترض، وانتقلت المسئولية عنه إليه، فلو تلف أو سرق بعد تسلمه من المقرض بلحظة وقع الضمان على المقترض، ولذا لا يستحق المقرض ربحاً عما لا يضمنه.

أما فى المضاربة فإن المال يجرى تسليمه إلى المضارب للعمل فيه، ويستحق رب المال شيئاً من الربح الذى يحققه المضارب، لأن الخسارة لو حدثت ونقص مال المضاربة لوقع ذلك النقص على رب المال. وبهذا فإنه يستحق الربح فى مقابل تحمله للخسارة.

٢ـ الغرم بالغنم والغنم بالغرم: الغرم الخسارة، والغنم الربح، ومعنى هذه القاعدة أن الخسارة تقع على من يستفيد الربح ، والربح يستحقه من يتحمل الخسارة. والغنم بالغرم فى معنى القاعدة السابقة. ومن ذلك أنه لو كان لرجل ثلاثة

إخوة: أخ شقيق، وأخ لأب، وأخ لأم، وكان هذا الرجل فقيراً ومستحقاً للإنفاق عليه، فإن النفقة تجب على الأخ لأم بنسبة السدس وعلى الأخ الشقيق الباقي، ولا يجب على الأخ لأب شئ من هذه النفقة الواجبة، وذلك لأن هذا الرجل لو مات لورثه الأخ لأم بنسبة السدس وللأخ الشقيق الباقي، ولا شئ للأخ لأب لأنه محجوب بالشقيق، ومن هذا يتضح أن الأخ لأم والأخ الشقيق تحملا عبء النفقة ، وغرماها، لأن المستحق للنفقة لو مات لورثاه الإثنان بنفس النسبة التي يتحملان بها نفقته.

٣ـ الجواز الشرعي ينافي الضمان معنى هذه القاعدة أن فعل المباحات الشرعية لا يكون سبباً للضمان ، فالسير في الشارع مباح ، ولا يكون بذاته سبباً للضمان. وكذلك فسخ الخطبة من قبل الخاطب أو المخطوبة لا يوجب الضمان، لأن هذا حق لأي منهما، فإن رجوع أي منهما عن وعده بالزواج من الآخر، ولو ألحق الضرر به، لا يكون بذاته سبباً للضمان، وكذا فإن الخروج من الشركة من الأعمال المباحة، وهو من حقوق الشركاء فلا ضمان فيه، ولو أدى استعمال الحقوق إلى الضمان والمسئولية عن الأضرار التي تلحق بالآخرين لأدى هذا إلى منع الناس من استعمال حقوقهم. ولو أنشأ أحد مصنعاً ينتج سلعة معينة بأسلوب إنتاجي متطور أدى إلى إفلاس عدد من المصانع المنتجة لذات السلعة لم يجب عليه الضمان، لأن إنشاءه مصنعه مباح وحق له فلا يضمن ما يترتب على استعماله حقاً من حقوق.

٤ـ أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامة وفعل المباح يتقيد به: فعل الواجب لا يكون سبباً للضمان، ولو أدى إلى الضرر. من ذلك أن القاضي يقوم بواجبه في فصل الخصومات ولا يجب عليه ضمان ما يترتب على قيامه بعمله، وكذا الجلاد الذي ينفذ حكم الإعدام في قيامه بوظيفته، وأداء الشهادة والحسبة وغير ذلك من الواجبات التي يقوم بها الناس بحكم أدائهم لأعمالهم، ولا يجب عليهم ضمان ما يترتب على قيامهم بأعمالهم من أضرار معروفة سلفاً.

أما فعل المباح فيختلف عن ذلك ، ويتقيد بتحرى سلامة الآخرين وعدم القصد إلى الإضرار بهم. من ذلك أن قيادة السيارة فى الشارع عمل مباح لكنه مقيد بالتبصر والتحرز عن الإضرار بالآخرين، أما إذا شاب هذه القيادة أى إهمال أو طيش أو تسرع فإن الفعل ذاته ينقلب إلى أن يكون محرماً وموجباً للضمان.

٥ـ ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه: تفيد هذه القاعدة أن النتائج التى لا تنسب إلى أفعالنا، واختيارنا كالأفعال المنسوبة إلى قوة قاهرة لا نكون مسئولين عنها. ولذا فإن ربان السفينة لا يسأل عن غرقها إذا تلفت بصاعقة أو أمواج عاتية أو حريق لا يمكن السيطرة عليه. ومن ذلك أن الطبيب لا يكون مسئولاً عما يحدث للمريض إذا بذل العناية الواجبة فى العلاج طبقاً لأصول المهنة الفنية.

ولهذه القاعدة أهمية كبرى فى الدلالة على أن المسئولية عن التقصير والإهمال مبنية فى الفقه الإسلامى على أساس الخطأ لا على أساس الضرر. وإنما لم يجب الضمان على ما لا يمكن الاحتراز عنه، لانتفاء علاقة السببية، كما لا يخفى؛ فالربان لا يسأل عن الصاعقة، ولا يضاف غرق السفينة أو حرقها إلى فعله ، ولذا فإنه لا مسئولية عليه.

وتنبنى هذه القاعدة على أصل عدم التكليف بما لا يطاق ، لأن المحاسبة على غرق السفينة فى هذه الحالة نوع من التكليف بما لا يدخل فى مقدور الإنسان، وهو ما منع منه جمهور الأصوليين، وتنبنى هذه القاعدة كذلك على أن الإنسان مسئول عن فعله، وعما يتولد عن هذا الفعل من نتائج، وهو مفاد اشتراط علاقة السببية لإيجاب الضمان.

٦ـ المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدى، المباشرة هى الفعل الذى يؤدى إلى نتيجته دون تدخل من شخص آخر، كمن يقوم بإشعال

النار فى زرع جاره، أو يطعنه بسكين، أو يصدمه بالسيارة، فإن التلف والهلاك منسوبان إلى هذه الأفعال على وجه المباشرة، ولا يشترط لقيام المسئولية على الفاعل إثبات تعمده، لأن الضمان حكم وضعى، وليس حكماً تكليفياً، فلا يشترط فيه التعمد. ولا نحتاج إلى إثبات علاقة السببية بين هذه الأفعال وبين النتائج المترتبة عليها، لوضوح علاقة السببية فى هذه الأحوال.

أما التسبب فهو الفعل الذى لا يصل إلى النتيجة (الضرر) بذاته، ولكن يتوسط عامل آخر، من ذلك من يأمر صبياً بإشعال النار فى زرع الجار، فإن الآمر لم يصل إلى النتيجة المطلوبة له، وهى إتلاف زرع الجار بفعله ، وإنما عن طريق أمره للصبى، فالأمر قد توسط بينه وبين النتيجة (الإتلاف) فعل آخر (قيام الصبى بالإحراق)، وإنما كان الآمر مسئولاً فى هذا المثال لأنه السبب فى احتراق زرع الجار. ويشترط لقيام المسئولية فى التسبب أن يكون المتسبب متعدياً بارتكاب فعل محرم شرعاً أو بمخالفة الواجب.

ويدل على عدم اشتراط التعمد فى المباشرة لوجوب الضمان أن من يطلق النار للتعبير عن ابتهاجه فى حفل زفاف فيصيب أحداً بمقذوفه النارى يكون مسئولاً وضامناً، وإن ثبت عدم تعمده.

٧ـ إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر المباشرة أقوى فى إسناد النتيجة إلى الفعل عموماً، فيضاف الفعل إليها عند اجتماعهما مع التسبب . من ذلك أن يحفر أحد حفرة فى الشارع لاستكمال أحد مرافق منزله كالماء أو الكهرباء أو الصرف، فلو وقع فيها أحد بسيارته وتلفت أو أصيب سائقه كان الحافر مسئولاً لأنه هو المتسبب فى الضرر، أما لو ألقى أحد غيره فى هذه الحفرة فإن الإلقاء من قبيل المباشرة وينسب الضرر إلى فعله لا إلى فعل المتسبب.

ولو أخبر شخص لصاً بمحل مال أحد فسرقه اللص فإن اللص هو الضامن،

لأنه مباشر والدال متسبب، فينسب الضرر إلى المباشر لأنه الأقوى فى إحداث هذا الضرر.

ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، وتتقيد فى عملها بتحديد علاقة السببية. ذلك أن التسبب يقوى على المباشرة فى إسناد النتيجة (الضرر) إليه أحياناً. من ذلك أن شهادة الزور (تسبب) فى حكم القاضى بالقصاص (مباشرة) هى الأقوى فى إسناد قتل المحكوم عليه، فينسب الضرر (قتل المحكوم عليه) إلى الشهادة لا إلى حكم القاضى، على أن الرغم من أن الشهادة تسبب، وحكم القاضى مباشرة.

٨ـ يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً: مفاد هذه القاعدة أن الفاعل هو المسئول عن فعله، أما الآن فلا يكون مسئولا عنه إلا إذا أكره الفاعل على الفعل فيصير كأنه آلة للآمر، أو كان المأمور صغيراً أو مجنوناً.

وقد تنتقل المسئولية إلى الآمر كذلك إذا كان المأمور تحت إمرته وسلطته كالمرؤوس مع رئيسه، والجندى مع قائده. ومنه كذلك تلميذ الصنعة مع أستاذه (الأسطى)، لأنه يعمل بإذنه وتوجيهه فيكون الضمان على الأستاذ لا على تلميذ المهنة.

وتؤسس هذه القاعدة باستثناءاتها المذكورة لمسئولية المتبوع عن تابعه. ولكثرة هذه الاستثناءات فقد اقترح الدكتور أحمد الحجى الكردى إعادة صياغة هذه القاعدة لتصير: «يضاف الفعل إلى الفاعل، لا الآمر، ما لم يكن مغرراً أو مجبراً حقيقة أو حكماً».

٩ـ جناية العجماء جُبار: هذه القاعدة مضمون حديث مرفوع، والعجماء البهيمة، من العجمة وهى عدم وضوح التعبير، وجُبار بمعنى هدر، ومفاد القاعدة أن ما تجنيه البهائم لا مسئولية فيه. وإنما انتفت المسئولية فى فعل البهائم والحيوانات لعدم تكليفها ولانتفاء مسئوليتها عن فعلها.

لكن لو أهمل صاحب الحيوان فى حفظه ورعايته وحماية الناس من شروره فإنه يكون مسئولا عن الضرر الذى يتسبب فيه هذا الحيوان. من ذلك أن من كان عنده ثور نطاح أو فرس عضاض أو كلب مفترس فإن عليه حفظه بما يمنع الإضرار بالناس، ولو أهمل فى هذا ضمن الضرر الذى يحدث بفعل أى من هذه الحيوانات، ولا يكون الضمان فى هذه الحالة على فعل الحيوان نفسه، وإنما على التقصير الذى وقع من صاحبه.

أما لو بذل صاحب الحيوان وسعه فى حفظه ورعايته ومع ذلك ثار الحيوان فجأة أو جرى الحصان ولم يتمكن صاحبه من السيطرة عليه وأضر ذلك بأحد، فإن المسئولية تنتفى فى مثل هذه الأحوال لانتفاء الخطأ. وهذا هو معنى هذه القاعدة .

رابعاً ـ القواعد المتعلقة بالعرف

العرف هو ما ألفه الناس واعتادوه فى علاقاتهم وسلوكهم من القواعد المعروفة لهم والتى تلقتها عقولهم بالقبول. وإنما يعتبر العرف دليلاً شرعياً إذا لم يتعارض مع نص من نصوص القرآن أو السنة. ولهذا قامت كثير من الأحكام الشرعية على العرف والعادة، ولا يغيب عن البال أن اعتبار الشرع للعرف مستمدة من اعتباره للمصلحة، لأن الأعراف ليست إلا اتفاقات الناس على ما يحقق مصالحها.

وهذه بعض القواعد المتعلقة بالعرف:

١ـ العادة محكمة: العادة عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة» [1]. ومعنى تحكيم العادة أن لها حجية فى التعرف على الأحكام الشرعية. ومن تطبيقات هذه القاعدة الحكم بمهر المثل للزوجة، لو فسد الاتفاق على المهر، أو لم يسبق الاتفاق عليه.

وكذا الحكم بثمن المثل وأجر المثل في البيوع والإجارات الفاسدة، ولو أراد الأب أخذ الجهاز الذى جهز به ابنته، وأخذته معها إلى بيت زوجها، وقال له إنه أعطاها الجهاز على سبيل العارية لا الهبة، وقالت: هى إنه وهبها، فإن المرجع فيه إلى عرف الناس فى هذا ، فإن كان الآباء يُملكون بناتهم جهازهم فإن القاضى يحكم بملكية البنت للجهاز، كما هو الحال الآن، فإن القول قولها، ولا يصدق الأب فيما ادعاه.

٢ـ استعمال الناس حجة يحجب العمل بها: استعمال الناس معناه عادتهم وعرفهم واعتبار الاستعمال حجة، بمعنى الاستناد إليه واعتباره دليلاً لمعرفة الحكم الشرعى. وتتفق هذه القاعدة مع سابقتها فى تأكيد حجية العرف.

٣ـ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت: معنى هذه القاعدة أن العرف المعتبر حجة شرعية يشترط فيه غلبة الوقوع فى تعامل الناس وندرة تخلفه أو عدم تخلفه. أما لو ندر وقوعه وتعامل الناس به فلا يعد عرفاً ولا عادة، وإنما يصير من قبيل السلوك الفردى الذى لا حجية له.

وقد ذكر بعض الفقهاء أن تقدير سن الحضانة مبنى على الغالب، ذلك أن الأصل فيها أن عمر رضي الله عنه طلق أم ابنه عاصم، وأراد ضمه إليه، فخاصمته مطلقته عند أبى بكر رضي الله عنه فقضى لها بحضانته ما لم تتزوج أو يشب. واختلف فى حد شبوبه، فقيل حتى يأكل ويشرب ويلبس وحده، وحده الخصاف بسبع أو ثمان سنين، لأن الغالب اعتماده على نفسه فى الأكل والشرب واللبس فى هذه السن. ولو كان الغالب فى بيئة معينة أن الأطفال لا يعتمدون على أنفسهم فى هذه السن، ويعتمدون على أمهاتهم إلى ما بعدها لوجب النظر فى هذا التقدير ورفع سن الحضانة تبعاً للغالب الشائع.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم.

وفى معنى تلك هذه القاعدة التى تنص على أن «العبرة للغالب الشائع لا النادر».

٤ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، معنى هذه القاعدة أن المعروف بين الناس وإن لم يذكر صريحاً فى العقود يصير كأنه مشترط فى نصوص العقد. ولذا فإن من ركب سيارة غيره وأوصله صاحبها، وهى غير معدة للإيجار لم يلزمه دفع شئ، أما لو كانت السيارة معدة للاستغلال والإيجار فإنه يدفع الأجرة، ولو لم يتفق عليها، لأن المعروف عرفاً كالمشروط صراحة.

ويستحق مؤخر الصداق المتفق عليه بوفاة أى من الزوجين أو بالطلاق، وإن لم يعين ذلك فى العقد، لأن المعروف عرفاً كالمشروط فى العقد.

ويشترط على المضارب التقيد بأعراف التجار وطرقهم المعهودة فى العمل، وإن لم يصرح بذلك فى العقد.

وقد عرف الفقه المالكى نوعًا من الشركة أطلق عليه «شركة الجبر»، ومعناها أن تجار سلعة معينة ممن يعملون فى سوق معين يشتركون فيما يشتريه أحدهم ولو لم يوكلوه فى هذا ، وذلك لأنه هو المتعارف بينهم، ولا يحق لأى من التجار أن يشترى هذه السلعة لنفسه إلا إذا أعلن عن ذلك، وبين لسائر التجار أنه يتصرف هذه المرة لحسابه هو .

وفى معنى هذه القاعدة القاعدتان التاليتان:

● التعيين عرفاً كالتعيين بالنص: المقصود بالنص فى هذه القاعدة هو ما عبر عنه المتكلم بصريح اللفظ عند التعاقد. ولذا فإن الواجب على المستأجر أن يتصرف فى المأجور وفق عادة الناس وأعرافهم، فإذا استأجر سيارة تعين عليه أن يستخدمها الاستخدام المألوف للناس والمعتاد عندهم، ويعد العرف العام للناس كأنه منصوص عليه فى عقد الإجارة نفسه، ولذا لو كانت سيارة ركوب لم

يحق له السير بها فى الطرق الجبلية غير الممهدة، ويتعين الالتزام فى قيادتها بالأصول المرعية من حيث السرعة والزمن والمسافات، وما إلى ذلك من الأعراف التى تتخذ صفة الإلزام بها، وكأنها منصوص عليها فى العقد.

● المعروف بين التجار كالمشروط بينهم: هذه القاعدة فى معنى سابقتها، وإن كانت أخص منها لأنها تتعلق بعمل فئة خاصة وهى فئة التجار، ومفاد هذه القاعدة أن التعامل المطرد أو الغالب بين التجار يعد كالمشروط فى عقودهم واتفاقهم.

ولهذا لو باع أحد منهم شيئاً للآخر، وأراد رده لعيب يراه فيه، فلا يحق له رده إن كان ما يراه عيباً لا يعد كذلك فى معاملات التجار بوجه العموم.

٥ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والظروف: تتغير الأحكام الشرعية بتغير الأحوال والظروف والأشخاص، وبيان ذلك أن الأحكام الشرعية ليست معايير عامة مجردة، وإنما هى معايير متعلقة بسلوك الناس وعلاقاتهم، مما يستوجب اختلافها من شخص إلى آخر، ومن بيئة اجتماعية إلى بيئة أخرى.

من ذلك أن الزواج لا يحكم عليه على نحو مجرد بالوجوب أو الجواز أو الحرمة، ولكنه تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة، فقد يكون واجباً بالنسبة لشخص معين، إذا كان عدم الإقدام عليه سيوقعه فى ارتكاب المحرم، كما أنه قد يكون محرماً إذا كان فعله مؤدياً إلى المحرم، وهو ظلم الزوجة. وقد يحكم على الزواج بالكراهة وبالندب وبالإباحة تبعاً لظروف الشخص وحالته.

ويدل إدراك الفقهاء لهذه القاعدة على إدراكهم لطبيعة النظر الفقهى، وأنه مما يحتمل التطور لمتابعة ظروف الناس وأحوالهم. ويجب النظر لكثير من الاختلافات الفقهية لهذا داخل المذاهب أو بين المذاهب على أنها اختلاف عصر وزمان لا اختلاف دليل وبرهان.

ومن الأمثلة الدالة على هذا أن أبا حنيفة قيد الحرابة بأنها السطو المسلح على الأموال خارج العمران، وعلى الطرق البعيدة، ولذا أطلق عليها جريمة قطع الطريق، وذلك لأن العصابات المتسلحة ما كانت تستطيع الدخول فى عهده إلى المدن لممارسة جريمة الحرابة، وإنما كانت تمارس ذلك على الطرق البعيدة عن العمران. أما فى عهد أبى يوسف ومحمد فقد استطاعت هذه العصابات أن تمارس جريمة السطح المسلح داخل المدن ذاتها، ولذا لم يشترط أبو يوسف ومحمد لاعتبار السطو المسلح من قبيل جريمة الحرابة أن يكون خارج المدن.

خامساً ـ القواعد المتعلقة بالبينات والإثبات

البينة هى ما يبين الحق ويظهره من الشهادات والإقرار واليمين والقرائن المختلفة المثبتة للحقوق. أما الإثبات فيتعلق بإثبات الدعاوى والخصومات. وقد ضبط الفقهاء مسائل الإثبات والفروع المتعلقة بالبينات فى عدد من القواعد، من بينها:

١ـ اليقين لا يزول بالشك: اليقين هو طمأنينة القلب إلى وقوع الشئ أو عدم وقوعه، بخلاف الظن الغالب الذى يفيد ترجيح حدوث الفعل أو عدم حدوثه. أما الشك فهو التردد بين الأمرين من غير ترجيح لأحدهما على الآخر. ومفاد هذه القاعدة أن الأمر الثابت على وجه اليقين لا يرتفع الا بيقين مثله، ولا يكفى مجرد الشك فيه للحكم بتغيره، لأن ما ثبت على وجه اليقين لا يرتفع إلا بيقين مثله، ولا يكفى مجرد الشك فيه للحكم بغيره، ذلك أن الحائز للمال حيازة مستقرة مدة طويلة يكون هو المالك، فإذا ادعى أحد ملكية هذا المال لم يصدق فى دعواه إلا إذا أثبت هذه الدعوى بالبينة المؤيدة لها. ولو أقر بالدين لأحد وادعى وفاءه، لم نصدقه فى الوفاء إلا أن يؤيد ذلك ببينة تثبته، لأن الدين ثبت شغله لذمته على وجه اليقين بإقراره، فإذا ادعى الوفاء ولم يصدقه غريمه لزمه أن يؤيد دعواه بما يثبتها.

٢ـ لا عبرة بالظن البين خطؤه: مفاد هذه القاعدة أنه لا يلتفت إلى الظن الذى ثبت الخطأ فيه. ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الورثة لو قسموا التركة بينهم، طبقًا لأنصبائهم الشرعية، ثم بان بعد ذلك أن الميت مدين بديون مستغرقة للتركة، فإن القسمة تنتقض لظهور انشغال التركة بالدين، وأنهم لا حق لهم فيها، فتبطل القسمة وتوزع التركة على الغرماء. وكذا لو أعطى الكفيل الدين للدائن نيابة عن المكفول ثم ظهر بعد ذلك أن ذمة المكفول بريئة من هذا الدين لسبق الوفاء به أو لعدم قيام سببه أصلاً، فإن الكفيل يسترد ما دفعه، لأنه دفع هذا الدين بناء على ظن ثبت خطؤه. ويجرى التفريق بين الزوجين فى النكاح الفاسد قبل الدخول، ولا يثبت للزوجة شئ من المهر، ولا متعة لها ولا نفقة، لثبوت حرمة هذا الزواج، وما كان من ظن خلاف ذلك فلا يؤبه له.

٣ـ لا عبرة للتوهم: التوهم أضعف من الشك، وهو مجرد قيام احتمال فى الذهن، دون أن يكون مؤيداً بالدليل. من ذلك أنه إذا مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته وطالب الغرماء قسمة التركة فإن القاضى يجيبهم إلى هذا الطلب، ولا يؤخر قسمة التركة بينهم ، لاحتمال ظهور أحد الغرماء بعد ذلك، لأن هذا من التوهم الذى لا يلتفت إليه.

ولا يصح القبض على أهل بلد وجد بينهم قتيل، لاحتمال أن يكون القاتل من بينهم، كما لا يجوز ضرب المتهم لحمله على الإقار، بظن أنه الجانى، لأنه لا عبرة للظن الناشئ عن غير دليل.

٤ـ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان: البرهان هو الدليل أو الحجة والبينة الشرعية، ومعنى هذه القاعدة أن الثابت بالبينة الشرعية كالثابت بالمعاينة فى كونها حجة ملزمة. فمن أقر خصمه بحق أمام القاضى دون إكراه ولا إجبار ثبت الحق عليه بدون شبهة ولزم القاضى أن يحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار.

وكذا لو كان هذا الحق مدوناً في ورقة عليها توقيعه وتوقيع الشهود ثبت الحق على وجه اليقين، لأن الثابت بمثل هذا البرهان كالثابت بالمعاينة والمشاهدة.

٥ـ البينة على المدعي واليمين على من أنكر، البينة هي الحجة الواضحة المثبتة للحق ، ويقع عبء تقديم البينة على المدعي، والمدعي هو الذي يطلب غير الظاهر. فمن يدعي ملكية شئ في يد أحد يكون مطالباً بغير الظاهر، ويقع عليه عبء الإثبات. وكذا لو ادعى رب المال إهمال المضارب أو تقصيره كان عليه عبء إثبات ما ادعاه.

واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل ، لكنها كلام الخصم (المدعى عليه) فلا تصلح حجة مظهره للحق، وتصلح حجة للمدعى عليه، لأنه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد» [1]. فتكفى اليمين لاستمرار حكم الظاهر، وبهذا فإن الظاهر هو الذي يؤيد الحق لا يمين المدعى عليه. وهذا هو مفاد القاعدة: «البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل» [2].

٦ـ المرء مؤاخذ بإقراره: الإقرار من قر الشئ إذا ثبت ، والإقرار بهذا إثبات لما كان متزلزلاً ومتأرجحاً بين الإقرار والجحود. وهو في اصطلاح الفقهاء لو إخبار عن ثبوت حق للغير عن نفسه». وإنما ترجح صدق إخبار المرد عن نفسه في الإقرار، لأنه لا يقر إلا بمسئولية أو تبعة، مما لا تقدم عليه المرء عن نفسه في الإقرار، لأنه لا يقر إلا بمسئولية أو تبعة، مما لا تقدم عليه النفس إلا إذا كان له أساس في الواقع. فمن أخبر بأنه مدين لشخص بألف كان صادقاً فيما أخبر به من تبعات على نفسه. أما لو أخبر بأن له ألفاً على غيره فإننا لا نبادر إلى تصديقه، لأنه يدعي لنفسه حقاً، بخلاف الإقرار بالتبعة والمسئولية فإننا نصدقه لأن المألوف أن الناس لا يقرون بمسئولية إلا إذا كانت قائمة بالفعل.

---

(١) شرح المجلة، خالد الأتاسي، المادة ٧٦.
(٢) المادة ٧٧ من مجلة الأحكام العدلية.

٧ـ «لا حجة مع التناقض ، لكن لا يختل معه حكم الحاكم. مثلاً: لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة. لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولاً لا ينتقض ذلك الحكم، وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به »[1]. وإنما كان رجوع الشهود من قبيل التناقض لأن شهادتهم بالحق تتنافى مع الرجوع عن هذه الشهادة، فكأنهم قالوا نشهد بثبوت الحق ونشهد بعدم ثبوته.

ومن التناقض أن يخبر الشاهد بأن المتهم قتل المجنى عليه بسيف كان في يده، ثم يذكر في وقت آخر أنه طعنه بسكين. وقد كان قضاة الصحابة يستجوبون الشهود ويفرقون بينهم لمعرفة مواقع التناقض في كلامهم واستبعاد الشهادات الواقعة في التناقض.

﴿مقاصد الشريعة﴾

تقديم:

مقاصد الشريعة ومقاصد الشارع هي الأهداف والغايات التي جاءت الأحكام الشرعية لتحقيقها، أو أنها هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع. ومن هذه المقاصد حفظ النظام وجلب المصالح ودرء المفاسد وإقامة المساواة بين الناس. ويعرفها علال الفاسي بقوله: المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها.

ومن أمثلة مقاصد الشريعة فيما يذكره «عمارة الأرض، وحفظ نظام التعايش فيها، واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها، وقيامهم بما كلفوا به

(١) المادة ٨٠ من مجلة الأحكام العدلية.

من عدل واستقامة، ومن صلاح فى العقل وفى العمل وإصلاح فى الأرض واستنباط لخيراتها وتدبير لمنافع الجميع».

وثبت بالاستقراء فيما ذكره الغزالى أن مقصود الشرع من الأحكام الشرعية حفظ مصالح الخلق فى دينهم ونفوسهم وعرضهم وعقلهم ومالهم على المستويين الجماعى والفردى، مع تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند التعارض بينهما.

ولعل الإشارة إلى تقسيم ابن عاشور للمقاصد أن تزيد مفهومها وضوحاً، ذلك أنه يميز بين هذه الأقسام التالية للمقاصد، وهى:

- الأول: المقاصد العامة التى أرادت أحكام الشريعة تحقيقها بوجه العموم، كحفظ مصالح الخلق وإقامة العدل.
- الثانى: المقاصد الخاصة التى أرادت أحكام الشريعة تحقيقها فيما يتعلق بموضوع أو موضوعات فقهية معينة. وذلك كمقاصد الشارع فى أحكام العائلة، ومقاصد الشارع فى التصرفات المالية وفى المعاملات المتعلقة بالعمل والعمال، وفى القضاء والشهادة ، وفى التبرعات.
- الثالث: المقاصد الجزئية المتعلقة بالهدف وحكمة التشريع فى الأحكام الجزئية المختلفة كتحريم الربا والخمر، وإيجاب الزكاة، وشرع الرهن، والكفالة (توثيق الحقوق وحفظها) وشرع الزواج والطلاق، والخلع، وما إلى ذلك من أحكام.

ويجرى التعبير عن المقاصد فى لغة الفقهاء بالمصالح والحكم (أى حكم التشريع وغاياته) ، كما يجرى التعبير عنها بالعلل والمعانى. والعلة تطلق طبقاً لما تقدم على أمرين هما:

- الوصف الظاهر المنضبط المشترك بين الأصل والفرع فى إجراء القياس.
- الحكم والمصالح المقصودة من شرع الحكم.

والمقاصد بهذا إنما تطلق على العلل بمعناها الثاني.

أما المعاني فتستعمل في لغة الفقهاء للدلالة على الحكم والمصالح والمقاصد التي أردها الشارع. ويسجل الغزالي متابعة الصحابة للمعاني واعتمادهم على إدراك المقاصد الشرعية في استنباط الأحكام. يقول في هذا: «وعلى الجملة: المفهوم من الصحابة اتباع المعاني، والاقتصار في درك المعاني على الرأي الغالب دون درك اليقين» [1].

التطور التاريخي للاستدلال بمقاصد الشريعة:

يرجع الاستناد لمقاصد الشريعة في التوصل للحكم إلى عهد الصحابة الذين كانوا يعتمدون على الرأي بمعناه الواسع قبل أن يتخذ شكله المحدد في القياس على النصوص. وقد اكتسبت المصلحة بهذا اعترافاً لم تبلغه في عصر آخر، إذ كان يكفي عدم إهدار النصوص مصلحة من المصالح للاعتراف بها والاستناد إليها.

ولهذا اكتفى عمر في إقناعه أبا بكر في موضوع جمع القرآن بأنه: «خير» أي مصلحة، وما زال به يقنعه حتى ظهر له وجه الخير (المصلحة) في هذا الأمر، رغم امتناعه أولاً عن القيام بعمل لم يصنعه رسول الله ﷺ.

وكذلك فإن علياً يعلل حكمه في تضمين الصناع بأنه: «لا يصلح الناس إلا ذاك». وهكذا نرى علياً يكتفي في تقرير هذا الحكم الجديد بتقرير أنه لازم لمصلحة الناس، وإبعاد الضرر عنهم، «إذ كل ما يصلح الناس مشروع لا حاجة به إلى التعليل» [2]. ومعناه أن المصلحة الضرورية للناس كافية في تقرير الحكم الشرعي، شريطة ألا تتعارض مع النصوص. وبهذا فإن للمصلحة وجودها

---

(١) شفاء الغليل، ص ١٩٥.

(٢) المصلحة في التشريع الإسلامي، لأستاذنا المرحوم الدكتور مصطفي زيد، ص ١٩.

الموضوعى المحدد المستقل والذى يكفى فى الاستناد إليه وحده لتقرير الحكم الشرعى، دونما حاجة إلى تأكيده بالنظر فى النصوص ومراجعتها (بشرط عدم التعارض).

وقد سار عمر فى كثير من تشريعاته على هذا الأصل، وعلى النظر إلى المصالح الموضوعية التى لا تتعارض مع النصوص، من ذلك هذه التشريعات المتعلقة بالخراج وإبقاء الأرض المفتوحة فى يد أهلها يزرعونها ويؤدون خراجها إلى الدولة. وقد رفض عمر رأى الصحابة الذين أرادوا تقسيم هذه الأراضى المفتوحة قسمة الغنيمة للمصلحة التى أكد عليها فى حواره، وهى وجوب تفرغ الجنود المسلمين لحماية ثغور الشام والعراق، حتى لا ينقص عليهم أعداؤهم.

ولا يعنى الرأى فى اجتهاد الصحابة إلا استنادهم إلى المصلحة. ويسرى ذلك على منهج الأخذ بالرأى فى عصر التابعين، فقد كانوا يستندون إلى المصالح فى اجتهادهم، شريطة ألا تتعارض مع النصوص، إذ كان يكفى عدم التعارض لإعمال المصالح.

وقد جرى الإمام مالك على هذا المنهج، فاعتبر المصالح واستند إليها فى تقديره للأحكام الشرعية، من ذلك فتواه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة التى تتضرر به ، حتى لا يلحقها أذى من تعيير أو أنفة زوج، وذلك فى إطار الأعراف الاجتماعية السائدة، فالأذى هنا نفسى ناشئ من المواضعات والتقاليد، ومع ذلك فإن الآية عامة فى توجيه الوالدات بإرضاع أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة. ومن ذلك فتواه بسجن المتهم إذا قامت قرائن على ارتكابه السرقة، وقبل أن تقوم البينة الشرعية على ارتكابه هذه الجريمة، وإنما ذلك لمراعاة مصلحة أصحاب الأموال الذين قد لا يتمكنون من إقامة البينة على السارق، ويرجون أن يؤدى سجنه إلى اعترافه بجريمته. ومن ذلك أيضاً بتضمين الأجير المشترك، كالناقل الذى يدعى ضياع المنقول أو سرقته، ومن ذلك أيضاً

فتواه في المرأة تطلق ، وهي من ذوات الحيض، وتأتيها الدورة مرة بعد الطلاق، ثم ينقطع حيضها ولم تبلغ سن اليأس حتى تعتد بالأشهر، أنها تنتظر تسعة أشهر ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر. والمصلحة التي أرادها مالك هي مصلحة هذه المطلقة في انقضاء عدتها حتى تستطيع أن تتزوج بعد ذلك، كما أن في احتساب العدة بهذه الطريقة تحقيقاً لمصلحة المطلق نفسه، حتى لا يستمر في الإنفاق عليها فترة العدة الطويلة إذا أجبرناها على الانتظار إلى أن يأتيها الحيض مرة أخرى، وقد أخذت كثير من القوانين المعاصرة برأى مالك في هذا الشأن.

والذي يستخلص من هذه الفتاوى أن الإمام مالكاً استمر على منهج كبار الصحابة في إعمال المصالح التي لا تتعارض مع النصوص، وهو بهذا لا يقدم المصلحة على النص، وإنما يشترط لاعتبارها ألا تبطلها النصوص.

وكان ضبط الشافعي للقياس، وإحلاله له محل الرأى بمعناه الواسع، ذا أثر كبير في المنع من الاستدلال بالمصالح إذا لم تكن مؤيدة بالنصوص، ذلك أنه أراد ضبط المنهج الأصولى، فألزم بألا يعمل الفقيه بالاستحسان، كما ألزم بعدم الاستناد إلى المصلحة التي لا يشهد لها نص معين، ويتضح ذلك من تقييده للاجتهاد وتسويته بالقياس، فالاجتهاد عنده هو القياس، وهما مترادفان، ومعنى ذلك بالنسبة للمصلحة أنها لا تعمل إلا إذا اتفق الأصل والفرع في العلة المنصوص عليها أو التي دلت عليها النصوص. والعلة هي مظنة المصلحة، وتشير إليها وترتبط بها. غير أن الاختلاف بينهما أن العلة أكثر انضباطاً من الحكمة أو المصلحة أو المقصود، وهي التي يجرى التعليل بها والاستناد إليها.

والذي يستخلص من تحليل مذهب الشافعي في الاجتهاد وعلاقته بالقياس وفي تحديده لمفهوم العلة وعلاقته بالحكمة أو المصلحة أنه لا يرى للمصلحة وجوداً مستقلاً عن النصوص، وأنها تابعة لها، وبهذا لم يعد الاكتفاء بعدم تعارض المصلحة مع النصوص لإعمال المصلحة وتقرير الحكم الشرعي على أساسها، ووجب بدلاً من ذلك وجود أصل أو نص يشهد للمصلحة بالاعتبار.

ولا يختلف موقف إمام الحرمين الجويني والغزالي عن ذلك. إن المصلحة عندهما دليل يستند إليه في الوصول إلى الحكم الشرعي، لكن يلزم إعمالها في إطار قياس بأركانه المختلفة، طبقاً لما تقدم. وهكذا تأكد وجوب شهادة النصوص للمصلحة لاعتبارها والعمل بها في تقرير الحكم الشرعي، بعد أن كان الاكتفاء في عصر الصحابة باشتراط عدم معارضة المصلحة للمبادئ والأصول المتضمنة في النصوص.

وقد كانت هذه النقلة (من مجرد اشتراط عدم التعارض إلى الإصرار على شهادة النصوص) ذات أثر كبير في تصوير أتباع الإمام مالك لمذهبه المصلحة، وإعادة التفكير فيه، على أساس أنه هو الآخر يشترط لإعمال المصلحة شهادة النصوص لها. ومن هنا كان لاكتشاف مصطلح المصالح المرسلة، وإعادة تعريفها بأنها التي لم تشهد لها النصوص بالاعتبار أو الإلغاء، وإن شهدت لجنسها خطوة هامة في تقريب مذهب الإمام مالك في المصلحة، وهو المذهب الذي صاغه في إطار التوسع في مفهوم الاجتهاد، إذا ما قورن بمذهب الإمام الشافعي الذي حدد الاجتهاد وقصره على القياس.

وليس هذا فحسب، فقد بذل الشافعية جهدهم هم الآخرون في توضيح موقفهم من الاعتراف بالمصالح والمصالح المرسلة، وأن الإصرار على إعمالها في إطار قياسي لا يستلزم تجاهل مصالح الخلق في التشريع أو تجاهلها وعدم النظر إليها. وتجدر قراءة الشاطبي المالكي والعز بن عبد السلام في إطار الاتجاه إلى موقف موحد من إعمال المصالح وتأخر منزلة المصلحة وتبعيتها للنصوص، وبهذا تم تجاهل الفروق بين المراحل التاريخية وظروف التطور، ولم يعد هناك من فرق بين موقف الإمام مالك والشافعي، وأصبح مجرد التفكير في استقلال المصالح عن النصوص عند مالك شبهة يجب ردها والعمل على إبطالها بأبلغ الأدلة وأشدها حسماً. وليس هذا فحسب، وإنما أعيد تفسير مذاهب الصحابة وفتاويهم في إطار

تحديد علاقة المصالح بالنصوص، وأن المصالح لم تعمل عندهم إلا إذا كانت تابعة للنصوص.

وتتفق الكتابات الحديثة المتعلقة بالمصلحة على النظر للمصالح بمعيار علاقتها مع النصوص، وتأخر الأولى عن الثانية وتبعيتها لها. وقد أدت هذه التحليلات فيما يبدو لى إلى ضمور دور المصالح فى العمل الفقهى، وإلى غياب التفريق بين المراحل المختلفة التى مر بها تطور التفكير الفقهى والأصولى ووضعها جميعها فى إطار واحد، ولذا فإننى أرى وجوب التفريق بين المراحل المتمايزة التالية فى النظر إلى المصالح.

● أولها: مرحلة التوسع فى الاجتهاد قبل صياغة الشافعى لنظريته الأصولية، وفى هذه المرحلة نالت المصالح اعترافاً أكبر، واستند إليها القضاة والفقهاء فى عملهم، ولم يكن هناك مانع من العمل بالمصلحة إلا إذا ثبت معارضة النصوص لها. ويشهد لهذا مذهب الصحابة فى العول فى الميراث، وهو زيادة الأسهم المستحقة للورثة عن أصلها، وليس أخذهم بوجوب إدخال النقص على الجميع إلا تطبيقاً لهذا الأصل، ومن ذلك ما أخذ به عمر فى المسألة المشتركة وحكمه فى آخر الأمر بالتشريك بين الإخوة الأشقاء والإخوة لأم على الرغم من أنه كان يحكم بإعطاء الإخوة لأم ثلث التركة دون الإخوة الأشقاء الذين يرثون بالتعصيب، والذين لا يبقى لهم شئ من التركة.

● والثانية: المرحلة التالية لصياغة الشافعى نظريته الأصولية، بما تضمنته من ضبط الاجتهاد وتقييده بالقياس الذى يعنى إعطاء فرع غير منصوص عليه حكم الأصل المنصوص عليه لاشتراكهما فى العلة. وطبقاً لهذا التقييد لا تستقل المصلحة فى تقدير الحكم الشرعى، وإنما يجب اعتبارها إذا استندت إلى النصوص، إذ يجب أن يوجد الأصل المنصوص على حكمه لإشراك الفرع الذى لم ينص على حكمه ما دامت العلة تجمع بينهما. ولهذا يمكن إعطاء المخدرات حكم

الخمر، لاشتراكهما في علة الحكم ، وهي السكر واضطراب العقل.

● والثالثة: مرحلة إعادة تفسير المذاهب والاتجاهات السابقة على نظرية الشافعي لفهمها فهما جديداً يؤكد عدم خروجها على ما قررته هذه النظرية، وهي وجوب تبعية المصلحة للنصوص وعدم استقلالها عنها. وفي هذه المرحلة جرى تأكيد صلاحية منهج الشافعي في إعمال المصالح لتحقيق مقاصد الخلق الضرورية والحاجية والتحسينية على النحو الذى فصله العز بن عبد السلام والشاطبى وابن القيم، واستقر الأمر بهذا على وجوب شهادة النصوص للمصالح لإعمالها.

وسنجد أن المرحلة الأولى التى تميز بها فقه الصحابة فى إعمال المصلحة بوجه الاستقلال عن النصوص شريطة عدم التعارض بينهما هى المرحلة التى شهدت التوسع فى إعمال المصالح والمقاصد. وهذا هو الذى يفيده كلام الشافعى نفسه من أن الصحابة لم يكونوا يذكرون نصاً لكل حكم أفتوا به، ولا يشيرون إلى المصلحة المستخلصة من النص لبناء الحكم عليه، ولكنهم كانوا «يخوضون فى وجوه الرأى من غير التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن» [1]. ومعنى ذلك أن الصحابة كانوا يجتهدون بالاستناد إلى المصلحة دون أن يعنوا أنفسهم بالوقوف على الأصل أو الأصول التى تشهد لهذه المصالح بالاعتبار. ومعنى قوله : أنهم كانوا يخوضون فى وجوه الرأى أنهم كانوا يقلبون وجوه المصالح، ويخوضون فى معرفتها، والإشارة إليها، دون التفات إلى الأصول والنصوص، وجدت أو لم توجد.

والفرق بين هذه المرحلة وما تلاها هو النظر إلى المصلحة بوجه الاستقلال، واعتبارها فى تقدير الحكم الشرعى، دون التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن، أما بعد ذلك فقد أصبحت المصلحة تابعة للنصوص، ولم يعد يجرى إعمالها إلا فى إطار قياسى.

---

(1) البرهان للجويني، نقلاً عن نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان ، ص ٢٥٤.

ويقصر هذا الإطار عن تحقيق المصالح فى الأمور كلها، من ذلك موضوع ترتيب الولايات من القضاء والحسبة والمظالم والإجراءات المختلفة فى الدعاوى، وأساليب محاسبة الحكام، وطرق ترتيب الوظائف فى الدولة، وما إلى ذلك مما يصعب اتباع الإطار القياسى لتقدير الأحكام الشرعية فى هذه الأمور جميعها. نعم، يصح الاستناد إلى هذا الإطار حينما يوجد أصل معين للفرع الذى لم ينص على حكمه، لكن لا يلزم ذلك فى الأحوال كلها، ومع هذا فيلزم فى كل الأحوال عدم معارضة المصلحة للنص كى يصح الاستناد إليها فى تقدير الحكم الشرعى.

أنواع مقاصد الشريعة :

مقصود الشارع من وضع الشريعة مما ثبت باستقراء الأحكام الشرعية هو حفظ المصالح العامة للخق، ومقاصد الشريعة فى ذلك على ثلاثة أنواع:

● أولها: حفظ المصالح الضرورية التى لا بد منها لقيام مصالح الدنيا والدين، حتى إذا فقدت لم تنتظم الحياة الإنسانية، وتعطل عملها، من ذلك حفظ الدين والحياة، فإنهما إذا فقدا بالهجوم على الدين وبالقتل أدى ذلك إلى شيوع الفوضى فى المجتمع واضطراب الوجود الإنسانى نفسه. من هذه الضرورات حفظ النسل، والعقل، والمال، فإن التعدى على هذا مما يؤدى إلى تهديد الوجود الإنسانى. ولذا شرع القصاص والعقاب على السرقة.

● الثانى: المقاصد الحاجية ، وهى حفظ المصالح التى تمس حاجة الناس إليها لا بقصد الحفاظ على أصل وجودهم، وإنما بقصد رفع المشقة والحرج عنهم. من ذلك شرع العقود، وإيجاب التعاون فى الزواج، والعدل فى المجتمع، وشرع الزكاة والعشور، لأن عدم وجود هذه التشريعات لا يؤدى إلى فوات الوجود الإنسانى واستمراره فى الأرض، وإنما سيؤدى غيابها إلى المشقة والحرج والضيق وصعوبة قيام الإنسان بواجباته.

● والثالث: المقاصد التحسينية وهى التى تهدف إلى تحسين قيام الإنسان بواجبه في هذه الدنيا، ولا يؤدى فوات هذا النوع من المقاصد إلى تهديد الوجود الإنسانى أو إلى الحرج والمشقة ، وإنما يؤدى غيابهما إلى نوع من تدنى الحياة الإنسانية، وعدم الترقى بها، وتتحقق هذه المقاصد التحسينية عن طريق الأحكام المتعلقة بمكارم الأخلاق، والآداب ومحاسن العادات، كالحكم بإفشاء السلام وستر العورات والتطيب وقيام الولى بتزويج المرأة والإلزام بإعطائها مهراً وإيجاب المتعة عند الطلاق، وما إلى ذلك من أمور تحسن الوجود الإنسانى وترقيه.

والنتائج المترتبة على هذا التقسيم عديدة، من بينها:

١ـ التكامل بين هذه الأقسام، إذ الضرورى أصل للحاجى والتحسينى، بحيث يؤدى اختلال الضرورى إلى اختلالهما، كما أن اختلالهما يهدد الضرورى لأنهما يحافظان عليه. يوضحه أنه إذا لم تشرع العقود، وهى فى مرتبة الحاجيات لأدى ذلك إلى فتح باب التعدى على الأموال وسرقتها.

٢ـ ترتيب الأولويات بين المصالح المختلفة عند تعارضها والترجيح بينها، بحيث يتقدم عندئذ ما هو ضرورى على ما هو حاجى أو تحسينى، وينبنى بحث فقه الأولويات فى الشريعة على هذا الأساس.

٣ـ مدار الأحكام الشرعية على رعاية هذه المصالح بأنواعها الثلاث، وقد ثبت ذلك باستقراء هذه الأحكام فيما استقر عليه التفكير الفقهى والأصولى. وبهذا دخلت مقاصد الخلق فى معاشهم وفى دنياهم فى دائرة الاعتراف الشرعى بها، مما يؤدى فى النهاية إلى إدراج المصالح الحقيقية للناس ضمن المصالح المعتبرة شرعاً.

٤ـ ييسر شمول هذا التقسيم لأنواع المصالح المختلفة الاستناد إلى أصل المصلحة فى البحث عن الحكم الشرعى، حتى لا يجد المجتهد مشكلة كبيرة فى تقدير

الحكم الشرعي بالاستناد إلى هذا الأصل. وتعتمد الكثير من الاجتهادات الحديثة على كثير من المصالح الجزئية التى لم تشر إليها المؤلفات الفقهية المعروفة. من ذلك على سبيل المثال الاجتهاد الخاص بتأقيت مدة الوقف الخيرى (مرور ستين عاماً أو انقضاء جيلين من المنتفعين) تحقيقاً لمصلحة معينة، هى عدم تجميد الأراضى الموقوفة والمنع من حجبها عن التداول، وسواء اعتبرناها من قبيل المصالح الحقيقية أو الموهومة فقد اعترف بها قانون الوقف المصرى الصادر عام ١٩٤٦، وبنى عليها حكمه بالتأقيت. ومنه كذلك إعطاء المرأة الحق فى طلب التفريق من زوجها للعيب أو للحكم بحبسه مدة ثلاثة أعوام، أو لهجرها؛ فإن مبنى هذه التشريعات التى أخذت بها معظم قوانين الأحوال الشخصية فى العالم الإسلامى على المصلحة. وينبى الحكم بالوصية الواجبة فى قانون الوصية المصرى الصادر عام ١٩٤٦ على رعاية مصالح الأحفاد الذين توفى أبوهم فى حياة المورث، وعلى توفير نصيب لهم بما يكفل حمايتهم من التشرد والضياع. وبهذا يؤدى الوعى بالمصالح على إقدار الفقه الإسلامى على الاستجابة للمصالح المستجدة فى العصر الحديث.

مقاصد الشريعة فى العصر الحديث:

زاد الاهتمام بالاستناد إلى المصالح ومقاصد الشريعة فى تقدير الحكم الشرعى فى هذا العصر، تأكيداً لجهود التحديث، ودعماً لأنشطة التجديد وصياغة النظم الاجتماعية فى البلاد الإسلامية وفق متطلبات الحياة الحديثة. ويشير محمد خالد مسعود إلى وثيقة عهد الأمان التى صدرت فى تونس عام ١٨٥٧م، وهى الوثيقة التى تضمنتها مبادئ أقدم دستور عرفته البلاد الإسلامية، وهو الدستور الذى صدر فى تونس عام ١٨٦٠م. وقد تضمنت مقدمة هذه الوثيقة الإشارة إلى المصلحة واتفاق التشريع الإسلامى مع ما توجبه مصالح الناس فى الحرية وحفظ الأمن والمساواة.

وفى مصر دعا محمد عبده فى تقريره المتعلق بإصلاح أحوال المحاكم الشرعية فى مصر والسودان إلى الاستناد إلى مصالح الناس فى الحكم بين الناس، ورأى أن مراعاة مصالح الناس هى خاصية التشريع الإسلامى التى أكسبته هذه القدرة على التطور والتلاؤم مع احتياجات المجتمع، ودعا محمد عبده إلى وجوب تفسير النصوص الشرعية على أساس من الاهتداء إلى مقاصد النصوص بدلاً من المتابعة الحرفية لها، دون فهم لمراميها وغاياتها، وكان محمد عبده يشجع تلاميذه على دراسة موافقات الشاطبى التى تناولت مقاصد الشريعة بالتحليل والدراسة.

ونتيجة لذلك نشرت مجلة المنار عام ١٩٠٦ رسالة الطوفى فى المصلحة فى الجزء العاشر من الباب التاسع فى أصول الفقه تحت عنوان: «أدلة الشرع وتقديم المصلحة فى المعاملات على النص» ، ولم يكن هذا هو العنوان الذى اختاره الطوفى لرسالته، وأثير منذ هذا الحين جدل واسع حول قضية علاقة المصلحة بالنص، وصدرت العديد من الرسائل والبحوث التى تنتصر لتبعية المصلحة للنص وتأخرها عنه فى الترتيب، وهاجمت هذه الرسائل والبحوث موقف الطوفى على أساس أنه يرى تقديم المصلحة على النصوص عند التعارض بينهما.

وليس هنا محل بحث حقيقة موقف الطوفى، ولا أسباب الهجوم عليه من قبل هؤلاء الباحثين، وإن كان من الضرورى الالتفات إلى أن وضع المصلحة بعد النصوص قد يفيد من الوجهة الكلامية ، لكنه لا يعين على فهم الاجتهادات العديدة لفقهاء الصحابة، مما استندوا فيه إلى المصلحة وحدها، كجمع القرآن، ووضع النظام المالى. ومن جهة أخرى فإن وضع القضية على هذا النحو من شأنه أن يثير الغموض فى العلاقة بين النصوص والمصلحة، ذلك أنه قد استقر الرأى على أن الأحكام الشرعية مبنية على اعتبار المصلحة وأنه لا تعارض بينهما

وكذلك فإن الإصرار على تبعية المصلحة للنصوص من شأنه أن يصل بنا إلى ضرورة البحث عن شواهد من النصوص لكل مصلحة جديرة بالاعتبار.

والموقف الأعون من الناحية التشريعية هو الاكتفاء بعدم معارضة المصلحة محل البحث والنظر للنصوص، فإن ما ألغته النصوص لا يجب قبوله أو العمل به. أما ما سكتت عنه النصوص من المصالح فيمكن اعتباره ولا محل لافتراض التعارض بين المصالح فيمكن اعتباره.

ومستند افتراض عدم التعارض بين المصالح والنصوص هو ما بينه الطوفي بقوله: «من المحال أن يراعى الله عز وجل مصلحة خلقه فى مبدئهم ومعادهم، ومعاشهم، ثم يهمل مصلحتهم فى الأحكام الشرعية، إذ هى أهم، فكانت بالمراعاة أولى، ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم، إذ بها صيانة أموالهم ودمائهم وأعراضهم، ولا معاش بدونها، فوجب القول بأنه راعاها لهم، وإذا ثبتت رعايته إياها لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه، فإن وافقها النص والاجماع وغيرهما من أدلة الشرع فلا كلام وإن خالفها دليل شرعى وفق بينه وبينها بما ذكرنا من تخصيصه بها وتقديمها بطريق البيان» [1].

إننى أود أن أؤكد أخيراً أن هناك عدداً كبيراً من القضايا التى أثيرت فى علم الأصول، مما يمكن أن يدرج فى مسائل علم الكلام، غير أنها لا تقدم أى عون للمشتغل بالعمل القانونى أو القاضى، ولهذا فإن وجودها فى علم أصول الفقه لا مسوغ له، لقد اجتهد علماء الصحابة وقضاتهم فى العمل بالمصلحة، وكانوا يقلبون وجوهها، ويخوضون بوجوه الرأى فيها من غير التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن، طبقاً لما ذكره الشافعى فيما سبقت الإشارة إليه.

مقاصد المكلف:

إذا كانت أحكام الشريعة قد وضعت لتحقيق مصالح معينة، فهل يصح للمكلف إتيان هذه الأحكام وممارسة الأفعال المتعلقة بها لتحقيق مصالح أخرى؟

---

(١) المصلحة في التشريع الإسلامي لأستاذ المرحوم د. مصطفى زيد ص ٢٥ من التحقيق

وبعبارة أخرى، إذا وضع الشارع الأحكام الشرعية لمقاصد معينة فهل يتحقق امتثال المكلف لهذه الأحكام إذا أداها لتحقيق مقاصد أخرى.

يجيب الشاطبي عن هذا السؤال بأنه يلزم تحقيق التطابق بين مقصود الشارع ومقصود المكلف حتى يتحقق امتثاله وتترتب النتائج التي أرادها الشارع من الفعل.

وعبارته في هذا : «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع»[1]، ذلك أن الشريعة موضوعة لمصالح العباد من ضروريات وحاجيات، فإذا لم يلتزم المكلف في أفعاله بهذه المصالح أهدرت مقاصد الشرع، ولم تتحقق الأهداف والغايات التي أرادها، وبقيت الأبنية التشريعية التي أوجدها مجرد أشكال لا قيمة لها ولا فائدة منها، بل قد تعود هذه الأشكال المشروعة إذا أفرغت من مضمونها بالضرر على المجتمع.

من ذلك أن الهبة مشروعة في الأصل لتحقيق التعاون والتحاب وتأكيد العلاقات الإيجابية بين الناس، غير أن إعطاء الهدية على سبيل الرشوة لوصول المهدي إلى غير حقه أو لتولي منصب أو لأكل فريق من أموال الناس بالإثم، لا يحقق هذا المقصد، بل يتنافى معه، ويعود بالضرر على المجتمع، ولهذا فإن الهبة في هذه الأحوال غير مشروعة، وللقاضي الحق في العقوبة عليها فيما قد يظهر، وذلك لأن المكلف قد خالف قصده في الهبة قصد المكلف من شرعها.

ويستدل لوجوب موافقة قصد المكلف في الفعل قصد الشارع في التشريع بأن ثواب الأعمال بالنيات وباعتبار الشارع للقصود ومآلات الأفعال والنتائج المترتبة عليها. ويتضح اعتبار الشارع للقصود والنوايا في حديث : «إنما الأعمال بالنيات»، وفي فروع أخرى عديدة، ولذا فإن من يرخص في بيع سلعته قصدا إلى

---

(1) الموافقات للشاطبي ٣٣١/٢.

تفليس مال تاجر آخر يكون آثماً بهذا القصد، ويحتمل أن يكون هذا من التسبب الموجب للضمان.

ويترتب على اعتبار الشارع لمآلات الأفعال عدة نتائج، منها:

١ـ المنع من التحيل لإسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر. من ذلك الوصية للوارث في صورة الإقرار بالدين، ذلك أن الوصية للوارث غير صحيحة شرعاً في مذاهب أهل السنة جميعها (خلافاً لمذهب الشيعة الذي أخذ به قانون الميراث المصري)، فإذا أراد التحيل لتصحيح وصيته لأحد ورثته عن طريق الإقرار بدين له فإن مثل هذا الإقرار لا يصح، ولا يعد إبطاله إن استطاع سائر الورثة إثبات زيف هذا الإقرار ووجه الحيلة فيه. وكذا لو أراد مضارة الورثة بالوصية بأمواله لغيرهم أو بالإقرار بديون لهم لم يصح ذلك، لأنه من التحيل.

ومعنى التحيل القيام بفعل صحيح في الظاهر، والشكل الخارجي له، ولكن القصد منه قصد غير مشروع، ومخالف لمقصود الشارع. وهذا هو معنى قوله تعالى: ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾.

ومن ذلك زواج المحلل، لا بقصد بناء علاقة زوجية بينه وبين من تزوجها، وإنما بقصد إحلالها لزوجها الذي طلقها طلاقاً باتاً بينونة كبرى.

٢ـ اعتبار الذرائع وتحريم بعض الأفعال أو المنع منها، لا لأنها محرمة في ذاتها، ولكن لما قد يتولد عنها من نتائج ومآلات، ومن ذلك تحريم بيع السلاح زمن الفتنة والثورة، ولا لأن بيع السلاح في حد ذاته محرم، ولكن لأن هذا البيع سيؤدي إلى اشتداد الفتنة وكثرة القتلى، ولهذا يحرم مثل هذا البيع.

٣ـ تقييد استعمال الحق بعدم الإضرار بالغير، ولهذا يمنع من اتخاذ بئر له في أرضه إذا أدى ذلك إلى تجفيف بئر غيره، ويمنع من التعلية في بنائه إذا أدى ذلك إلى الإضرار بجيرانه. وتناول ذلك بالتفصيل في نظرية التعسف في استعمال الحق.

٤ـ عظم الطاعة أو المعصية بحسب عظم المصلحة أو المفسدة الناشئة عنها، ولذا فإن الإخلال بمصلحة من المصالح الضرورية لا يترتب عليه من المسئولية قدر ما يترتب على الإخلال بمصلحة تكميلية، فالقتل العمد يوجب القصاص، أما عدم الوفاء بالعقد فلا يترتب عليه إلا الإجبار على هذا الوفاء أو المسئولية عن الأضرار التي تسبب فيها المتعاقد بعدم وفائه بالمتفق عليه في العقد»[1].

٥ـ مسئولية الإنسان عما يتولد عن أفعاله من نتائج، لأن الرضا بالفعل رضا بما يتولد عنه من نتائج. وتفيد هذه المسئولية في أحوال كثيرة العقوبة أو الضمان.

ويدل هذا كله على اعتبار الشارع للمآلات ونتائج الأفعال.

تبين قصد الشارع:

كيف نعرف قصد الشارع؟ أو ما الوسائل التي يمكن الاعتماد عليها لمعرفة ما هو مقصود للشارع مما ليس بمقصود له؟

المسالك المختلفة للتعرف على مقاصد الشرع كثيرة، من بينها:

١ـ النص على المقصود من الحكم الشرعي، مثلما هو الحال في القصاص الذي شرع لحفظ الحياة الإنسانية، فيما يستفاد من قوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾. وقصد الشارع من شرع التيمم، طبقاً لما جاء في سورة المائدة، رفع الحرج والمشقة عن المكلفين، وكذا الحكم بالقضاء على غير القادر على الصوم في رمضان بأن الله يريد بالناس اليسر ولا يريد بهم العسر.

٢ـ مجرد الأمر أو النهي اللذين يفيدان بذاتهما قصد الشارع إلى وقوع الفعل في الأمر والكف عنه في الفعل. وهذا واضح جداً في التعرف على قصد الشارع إلى الذهاب لصلاة الجمعة عند سماع النداء إليها.

---

(١) الموافقات ٢/٢٦٩.

٣ـ اعتبار علل الأمر والنهى الدالة على مقصود الشارع. من ذلك أن قوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾، يفيد وجوب إعطاء المهر للزوجة لا إلى غيرها. بما يدل على أن القصد هو رفع منزلة المرأة فى التعاقد، لأنها تستطيع كما جاء فى آخر الآية نفسها أن تتنازل عن جزء من مهرها لزوجها. وكذا فإن نهى القرآن الكريم الازواج عن أخذ شئ من المهر الذى كانوا قدموه لزوجاتهم إن أرادوا طلاقهن، قصدا إلى الهدف نفسه. إنها لم تعد سلعة تعطى فى الزواج بمقتضى هذا النهى، وإنما هى تأخذ ما تأخذه من المهر على سبيل الهبة اللازمة التى لا يحق للزوج طلب ردها إليه عند حدوث الطلاق أو الفرقة بينهما. وإنما عرفنا هذا القصد بمعرفة علة الأمر والنهى والمصلحة المقصود من توجيههما. ويمكن معرفة مقصود الشارع من الأمر والنهى بمحاولة الإجابة عن هذين السؤالين:

ـ ما المصلحة التى أراد الشارع تحقيقها من توجيه الأمر أو النهى.

ـ ما المفسدة التى قصد الشارع إلى إزالتها ورفعها من هذا التوجيه.

وتطبيق ذلك على الآية السابقة يقتضى أن نسأل: لماذا أمر الشارع بإعطاء الصداق إلى النساء؟ ما المصلحة التى أراد إثباتها؟ وما المفسدة التى قصد إلى رفعها وإزالتها؟ لقد كانت العادة المتبعة قبل الإسلام هى إعطاء المهر إلى ولى الزوجة، فقصد الشارع إلى تغيير هذه العادة، لرفع منزلة الزوجة فى التعاقد، وعملاً على رفع المفسدة القائمة، وهى اعتبار الزوجة سلعة يعطيها الولى للزوج فى مقابل ما يأخذه منه من مهر.

وعلى الباحث عن مقصود الشارع أن يستفيد من معرفته بالظروف الاجتماعية القائمة عند نزول النص.

---

(١) الموافقات ٢/٢٩٧.

٤ـ التبعية واللزوم لما علم أنه مقصود للشارع، ذلك أننا إذا علمنا أن الزواج مشروع لحفظ النسل فيما يستنبط من قوله ﷺ: تناكحوا تكاثروا، وعلمنا كذلك أن إقامة التعاون والمودة بين الزوجين مقصوده للشارع من قوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾، فإننا يمكن أن نعد بين مقاصد الشارع من الزواج إيجاد التعاون والمودة بين الأصهار. وقد روى أن عمر بن الخطاب قصد «نكاح أم كلثوم بنت على بن أبى طالب طلباً لشرف النسب ومواصلة أرفع البيوتات. ولا شك أن النكاح لمثل هذه المقاصد سائغ وأن قصد التسبب له حسن»[١]. وذلك لأن هذه المقاصد تابعة ولازمة للمقاصد الأصلية التى شرع الزواج من أجلها.

ومن هذا يتضح إمكان استثمار معرفتنا بما هو مقصود للشارع قصداً أصلياً لتحديد عدد آخر من المقاصد التابعة اللازمة المرتبطة بهذه المقاصد الأصلية، مما نستظهر أنه مقصود للشارع. وهذا هو ما عناه الشاطبى فى تفريقه بين المقاصد الأصلية والتبعية فى تحديده لمسالك التعرف على مقصود الشارع. ودليل اعتبار الشارع للمقاصد التبعية ظهور تأكيدها للمقاصد الأصلية وارتباطها بها. أما إذا ناقضتها فهذا دليل عدم اعتبار الشارع لها.

٥ـ الاستقراء للنصوص وتواردها على تحقيق مصلحة من المصالح، فيما نصت عليه أو يستنبط منها. من ذلك اعتبار الموازنة فى الالتزامات المتبادلة بين أطراف التعاقد، حتى ينفسخ العقد أو يجرى تعديل هذه الالتزامات إن لم تتوازن. وإنما اعتبرنا هذه الموازنة، لأن هذا هو العدل الذى أكدت النصوص على وجوبه صراحة. وكذلك فإنه يستفاد من نهى النبى

---

[١] الموافقات ٢/٧٢.

ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وظهور نضجها، وتعليله لهذا النهى بقوله: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال صاحبه». وكذا شرع الرد بالعيب وخيار الرؤية.

ونستفيد التأكد من قصد الشارع إلى حفظ الأموال من الرجوع إلى النصوص المتعلقة بتحريم السرقة والغصب والعقوبة عليهما، وتحريم أكل أموال اليتامى، وتحريم الرشوة المقصود بها أكل أموال الناس بالباطل، وتحريم الغش والتطفيف فى الكيل والميزان وتحريم بخس الناس أشياءهم.

وكذلك فإن رفع الضرر من المقاصد العامة التى يتيسر فهم تتابع النصوص على تأكيده، بالتعبير المباشر عن ذلك أو فيما يستنبط من الأوامر والنواهى. ويدل هذا على أهمية الاستقراء المتأنى فى تحديد مقاصد الشريعة.

ويجب التأكيد على التعاون بين هذه المسالك المتنوعة فى الوصول إلى المقاصد، كما يجب التأكيد على أهمية تحديد مقاصد الشريعة، تحديداً يشمل المقاصد الكلية العامة، والمقاصد الخاصة بموضوعات الفقه المتنوعة، كالعقود والزواج والعقوبات والضمانات، بالإضافة إلى المقاصد الجزئية المتعلقة بالمقصود من الأحكام الشرعية فى الفروع والجزئيات، والمأمول أن يتجه طلاب الماجستير والدكتوراه إلى إحصاء هذه المقاصد وإثبات أدلة اعتبارها مع تحليلها. وفى ذلك يمكن الإفادة من تطور فقه المصالح فى التفكير القانونى المعاصر.

قواعد المقاصد:

أثبت الشاطبى فى الموافقات عدداً كبيراً من القواعد المتعلقة بالمقاصد، وفيما يلى إثبات أهم هذه القواعد مع بيان معانيها:

١- وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معاً[1]: معنى هذه

---

(١) الموافقات ٦/٢

القاعدة أن الأحكام الشرعية فى الشريعة الإسلامية والشرائع السابقة عليها ليست إلا لتحقيق مصالح الناس فى هذه الدنيا وفى الآخرة.

٢ـ القواعد الكلية من الضروريات والحاجيات والتحسينات لم يقع فيها نسخ ، وإنما وقع النسخ فى الجزئيات، معنى هذه القواعد أن المصالح الكلية العامة لا يقع النسخ فى اعتبارها، وإنما يقع النسخ فى اعتبار بعض جزئياتها[١].

٣ـ الشارع لا يقصد التكليف بالمشاق [٢]: لا يكلف الشارع بإتيان الأفعال قصداً للمشقة المترتبة عليها، وإنما يقصد الشارع من التكليف تحقيق المقاصد والمصالح، ومع ذلك فإن الشارع يكلف بإتيان الأفعال المحققة للمصلحة، وإن لزم عن ذلك وجود المشقة. وهذا ما أوضحه الشاطبى بقوله: لا نزاع فى أن الشارع قاصد إلى التكليف بما فيه مشقة، لكنه لا يقصد هذه المشقة، بل يقصد ما فى ذلك من المصلحة. وعلى سبيل التوضيح فإن الشرع يوجب الوفاء بالعقود، لا لإعنات المتعاقدين وإحراجهم والمشقة عليهم، مع ما قد يحدث من المشقة فى ذلك أحياناً، وإنما هو يقصد من إيجاب ذلك إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين من إلزامهم بوجوب الوفاء بتعاقداتهم.

٤ـ التكاليف العادية يكفى لصحتها ألا يكون القصد فيها مناقضاً لقصد الشارع ولا يشترط فيها ظهور الموافقة، معنى هذه القاعدة أنه يكفى عدم التعارض مع قصد الشارع ليتحقق امتثال المكلف فى إتيان التكاليف المتعلقة بالعادات والمعاملات. وقد أشرت إلى منهج الصحابة والتابعين فى الاكتفاء بعدم معارضة النصوص للمصالح لاعتبارها

٥ـ تحديد مقاصد الشريعة لا ينبى على ظنون وتخمينات: معنى هذه القاعدة أنه يلزم اتباع الطرق المعهودة المعتبرة للوصول إلى اليقين فى معرفة قصد الشارع.

---

١. الموافقات ١٠٥/٣.

٢. السابق ١٢١/٢

أما مجرد الظنون والافتراضات فلا يكفى الاستناد إليها فى إعتبار مصلحة ما من مقاصد الشارع. وتتفرع هذه القاعدة عن نظرية الشافعى فى قطعية الأصول التى تنبنى عليها الأحكام، وعبارة الشاطبى فى ذلك أن «كل أصل ينى عليه الفقه ويرجع إليه فى استنباط أحكامه يجب أن يكون قطعياً»، وسواء قصد بالأصل الدليل من الكتاب والسنة أم القاعدة الكلية المأخوذة بالاستقراء من نصوص الشريعة أو الكليات الشرعية والمقاصد العامة. فإن مقاصد الشريعة مما يرجع إليه لفهم النصوص أو لتقدير الحكم الشرعى واستنباطه، ولذا وجب أن لا ينبنى تحديدها على الظنون والتخمينات، ووجب أن يكون مقطوعاً بها.

٦ـ الأمر بالفعل يستلزم قصد الشارع إلى وقوع ذلك الفعل، والنهى عنه يستلزم القصد إلى منع وقوع المنهى عنه، تقدم أن مجرد الأمر والنهى من الطرق التى يجرى التعرف على مقصود الشارع من طريقها، فإن قوله افعل يدل على القصد إلى إيقاع هذا الفعل، وقوله لا تفعل مما يدل على القصد إلى المنع من وقوعه.

٧ـ مدح الفعل دليل على قصد الشارع إلى إيقاعه، وذمه دليل على القصد إلى عدم إيقاعه: معنى هذه القاعدة أنه يمكن التعرف على مقصود الشارع بالالتفات إلى ما ورد فى النصوص من مدح أو ذم، لأنهما يشعران بالقصد لإيقاع الممدوح، والمنع من إيقاع المذموم.

٨ـ الامتنان بالنعم يشعر بالقصد إلى تناولها والتمتع بها، وذلك لأن الامتنان بالنعمة مشعر بمدحها، وقصد الشارع إلى الانتفاع بها.

٩ـ كل أصل ملائم لتصرفات الشارع ، وكان معناه مأخوذاً من مجموع أدلته حتى بلغ درجة القطع ينى عليه ويرجع إليه، ولو لم يشهد له أصل معين. ولا يشترط لتحديد مقصود الشارع النص عليه، وإنما يمكن استنباطه بمتابعة النصوص الشرعية واستقرائها إذا وجدناه ملائماً لتصرفات الشارع فى مناسبات

عديدة، ولو لم نجد نصاً بعينه يشهد لهذا المقصود. من ذلك أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مما عرف أنه مقصود للشارع، مع أننا لا نجد مثل هذه المصلحة فى نص معين، وإنما أفاد الاستقراء لقواعد الشريعة ومبادئها العامة أن هذا التقديم مناسب لمسلك الشرع. من ذلك المنع من الاحتكار، وذلك لمعارضة مصلحة المحتكر للمصلحة العامة، وكذا شرع الجهاد مع ما فيه من مشقة على الجنود والمحاربين، وذلك لتحقيق المصلحة العامة وما إلى ذلك من تشريعات تحقق المصالح العامة ولو مع التضحية بالمصالح الخاصة.

١٠- كل ما كان مكملاً ومقوياً لمقصود شرعى فهو مقصود تبعاً، تفيد هذه القاعدة إمكان استنباط المقاصد التابعة للمقاصد التى دلت عليها النصوص الشرعية، فإذا لزم عن المقاصد الأصلية مقاصد أخرى تقويها وتؤكدها دل ذلك على أنها مقصودة للشارع، وقد تقدم توضيح ذلك.

١١- إذا فهمنا من الحكم الشرعى حكمة معينة لشرعه فلا يلزم من ذلك عدم وجود حكم أخرى غيرها. هذه القاعدة تؤكد سابقتها لأن إثبات مقصود معين للشارع من شرع الحكم لا ينفى وجود غير هذا المقصود، بل يستلزم اعتبار الشارع للمقاصد التابعة لهذا القصد، مما يؤكده ويقويه ويتفرع عنه، كما تقدم [1].

ومن الواجب العمل على استخلاص قواعد المقاصد التى عبر عنها الإمام الشاطبى وغيره فى عمل مستقل لتيسير فهم علم المقاصد وإمكان الاستفادة منه فى التطبيقات القضائية حتى ننتقل بهذا العلم من هذه الصياغة الفلسفية النظرية التى قدمها الشاطبى إلى المجال العملى التطبيقى.

---

(١) راجع نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي لأحمد الريسوني، ص ٢٨٣، وما بعدها.

﴿ الخاتمة ﴾

بعد هذا التطواف بأهم مباحث علم أصول الفقه، فإنه يلزمنا تأكيد المعانى التالية:

أولاً ــ نشأ علم أصول الفقه فى بيئة الفقه والفقهاء ليقدم المنهج الواجب اتباعه فى تفسير النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها. وقد صح أن الصحابة تكلموا فى العلل والأقيسة واعتمدوا على المصالح والمقاصد والذرائع والأعراف، وأكدوا على حجية السنة، مما ساعد التابعين وتابعيهم على تكوين مدارسهم الفقهية. وطور علماء الكوفة الكثير من المباحث الأصولية المتعلقة بالتعارض والترجيح بين الأدلة المتعارضة، إلى أن جاء الشافعى الذى تتلمذ على محمد بن الحسن الشيبانى فدون مباحث علم أصول الفقه، وجمع كثيراً من المتفرقات التى ناقشها سابقوه، وهذب أطرافها، ووضعها فى إطار نظرية عامة.

ولا صحة فى تقديرى لهذا الذى ذهب إليه شفيق شحاتة فى ادعائه أن أصول الفقه نشأ نشأة مستقلة عن علم الفقه، وأن مباحثه قد تطورت دون أن يتأثر فى ذلك بتطور علم الفقه أو تؤثر فى تطوره.

ويتفق شاخت مع شفيق شحاتة فى هذا الرأى بعد تعديله قليلاً، فيذهب إلى أن علم أصول الفقه قد أثر تأثيراً ضئيلاً على التفكير الفقهى للمذاهب المعروفة. ويرى هرجرونج Hurgronje أن هناك عدداً كبيراً من

المبادئ الأصولية التى تساعدنا على فهم أكثر دقة للفقه الإسلامى وتطبيقه فى الواقع.

ويهدم ادعاء إنفصال علم أصول الفقه عن الفقه الأسس العلمية التى تسوغ دراسة هذا العلم. وينقض هذا الإدعاء الالتفات إلى الأدلة التالية:

أ ـ يخالف هذا الادعاء فهم تطور علم أصول الفقه وظهوره فى أواخر القرن الثانى الهجرى، كما أنه لا يمكن فهم تطور علم الفقه وتاريخه دون وعى بتطور علم أصول الفقه وظهوره. ويدل هذا على لزوم كل منهما للآخر، وتأثيره فيه وتطوره بتطوره.

ب ـ هناك الكثير من المباحث التى تضمنها علم الأصول ذات صلة واضحة بالتفكير الفقهى، وذلك كمباحث الأهلية وتفسير النصوص الشرعية وأقسام الحكم الشرعى والأدلة التى تستنبط منها الأحكام الشرعية، وما إلى ذلك من مباحث لا تتعلق بغير الفقه. نعم هناك استطرادات نظرية فى غاية التجريد وتمس قضايا كلامية مثل الصلاح والأصلح ، ووجوب شكر المنعم والتكليف بما لا يطاق، مما أثارته الأجيال المتأخرة، ولا صلة له بعلم الفقه، لكن هذه الاستطرادات ليست هى علم أصول الفقه، وينبغى أن نكون قادرين على تمييزها وتناولها بعيداً عن هذا العلم. وهذا هو الذى دعا إليه الشاطبى حين ذكر وجوب استبعاد كل ما لا ينبنى عليه العلم بالأحكام الشرعية من علم أصول الفقه طبقاً لما تقدم.

ثانياً ـ يلزم تطوير مباحث علم أصول الفقه عن طريق استبعاد هذه المسائل النظرية العامة المجردة التى لا تفيد فائدة مباشرة فى فهم أحكام الفقه الإسلامى، مما أشار إليه الشاطبى، وضمنه مقدمة موافقاته. من ذلك دلالات الحروف وقضايا علم الكلام التى يستغنى عنها الفقه.

ومن جهة أخرى فإنه يجب التخلص من أساليب الجدل والمناظرات التى ما زلنا نشاهدها فى العديد من المؤلفات الأصولية المعاصرة، ولا يخفى أن هذا الأسلوب قد شاع فى العصور السابقة فى ظروف التعصب المذهبى، وانتصار أصحاب كل مذهب لما يرونه، وتنقل لنا كتب أصول الآمدى وابن السبكى والأسنوى والزنجانى الجدل العلمى السائد فى عصورهم، وهو الأمر الذى لم يعد قائماً الآن، وإنما يلزم التخلص من هذا الأسلوب لأنه يعقد مباحث علم الأصول ويستر مجالات الإفادة منه.

ثالثاً ـ أما تطوير علم أصول الفقه فى الاتجاه الإيجابى فيتوقف على تحديد احتياجاتنا المعاصرة من هذا العلم. وتتحدد حاجتنا المعاصرة لهذا العلم بالالتفات إلى الجوانب التالية:

١ـ ما زال الفقه الإسلامى هو الأصل الذى يرجع إليه فى موضوعات الأحوال الشخصية (مع شئ من التوسع فى تحديد مفهوم هذا المصطلح) فى أكثر البلاد الإسلامية، ولا يتسنى فهم تشريعات الأحوال الشخصية، واجتهادات الفقه فيها إلا بمعرفة كيفيات استنباطهم لهذه الأحكام، فيما هو مجال علم أصول الفقه.

٢ـ ومن جهة أخرى فإن كثيراً من التشريعات والقوانين المطبقة فى العالم الإسلامى مأخوذة من التراث الفقهى، ويلزم الرجوع إليه لفهم هذه التشريعات المستمدة منه باعتباره الأصل التاريخى لها.

٣ـ تشكل قواعد تفسير النصوص المتضمنة فى أصول الفقه الأدوات اللازمة للمشتغلين بالعمل القانونى فيما يتعلق بفهمهم للنصوص القانونية وتطبيقها حسبما تقدمت الإشارة إلى ذلك.

وإذ تتحدد الاحتياجات على هذا النحو يتيسر تحديد الوسائل إلى

﴿أهم المراجع والمصادر في أصول الفقه﴾

أ- باللغة العربية

١ـ الإبهاج فى شرح منهاج البيضاوى (ت ٦٨٥هـ) للشيخ تقى الدين السبكى ، طبعة ١٩٨١ . مطبعة الفجالة، القاهرة.

٢ـ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى سعيد الخن، الطبعة الثانية، ١٩٨١ ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٣ـ الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم الظاهرى، نشر زكريا على يوسف.

٤ـ الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى (ت ٦٣١هـ) ، طبعة صبيح، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م.

٥ـ إرشاد الفحول للشوكانى، نشر دار المعرفة، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

٦ـ الأشباه والنظائر للسيوطى (ت ٩١١) ، البابى الحلبى، ١٩٥٩م.

٧ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، ١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠، بيروت.

٨ـ أصول التشريع الإسلامى لأستاذنا الشيخ على حسب الله.

إشباعها، ويجرى ذلك على الأسس التالية:

- التركيز على الموضوعات التى تمس الحاجة إليها فى التطبيق المعاصر.
- تحرى الوضوح وضرب الأمثلة من المعاملات والقضايا الحديثة.
- ربط مباحث علم أصول الفقه بالتفكير القانونى المعاصر، والتشجيع على إجراء المقارنة بينهما، بما يؤدى إلى تبادل التأثير والتأثر بين المجالين.

لقد تنادى الكثيرون إلى تطوير علم أصول الفقه، وهو أمر ذو أهمية بالغة، غير أنه يجب البدء فى هذه الدعوة بتحديد الحاجة النظرية والعملية حتى تتحدد وسائل التجديد ونطاقاته.

وبالله التوفيق.

٩ـ أصول السرخسي (ت ٤٩٠هـ) ، دار المعرفة ٣٩٣ هـ/ ١٩٧٣م.

١٠ـ أصول الشاشي (ت ٣٤٤هـ) مع شرحه عمدة الحواشي ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

١١ـ أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة ١٩٥٨، دار الفكر العربي.

١٢ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزيه، (ت٧٥١هـ)، دار الفكر، ١٩٧٧.

١٣ـ البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب، طبعة قطر ١٣٩٩.

١٤ـ تأسيس النظر لأبي زيد الدبوسي.

١٥ـ تاريخ الفقه الإسلامي للشيخ محمد أنيس عبادة، مطبعة المحمدية، ١٩٧٥.

١٦ـ تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ت ٦٥٦هـ) ، تحقيق د. محمد أديب الصالح، الطبعة الثالثة، ١٣٩٩ ـ ١٩٧٩.

١٧ـ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لعبد الرحيم الأسندي (ت٧٧٢هـ) مؤسسة الرسالة، طبعة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

١٨ـ حاشية البناني على جمع الجوامع لابن السبكي.

١٩ـ الرسالة للشافعي ت ٢٠٤هـ تحقيق أحمد محمد شاكر.

٢٠ـ شرح البدخشي.

٢١ـ شرح التلويح على التوضيح للتفتازانى (ت ٧٩٢هـ) طبعة محمد على صبيح.

٢٢ـ الفروق للقرافى ت ٦٨٤هـ.

٢٣ـ فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت، مجد الله بن عبد الشكور، طبعة بولاق، ١٢٣٢هـ.

٢٤ـ فلسفة التشريع الإسلامى، صبحى محمصانى.

٢٥ـ القواعد لابن رجب الحنبلى (ت ٧٩٥هـ).

٢٦ـ كشف الأسرار عن أصول البزدوى للبخارى (ت ٧٣٠هـ)

٢٧ـ المحصول فى علم أصول الفقه للرازى (ت ٦٠٦هـ)، دارسة وتحقيق د. طه جابر العلوانى ، طبعة ١٣٩٩ـ ١٩٧٩.

٢٨ـ المختصر فى أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، لابن اللحام، دار الفكر بدمشق، ١٤٠٠هـ.

٢٩ـ المستصفى فى علم أصول الفقه للغزالى (ت ٥٠٥هـ) المطبعة الأميرية، بولاق.

٣٠ـ المعتمد فى أصول الفقه لأبى الحسين البصرى (ت٤٣٦هـ/١٠٤٤م) دار الكتب العلمى، بيروت.

٣١ـ منتهى السول للآمدى، ت (٦٣١هـ).

٣٢ـ الموافقات لأبى اسحاق الشاطبى (ت ٧٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت.

٣٣ـ الوجيز فى أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان، دار نشر الكتب الإسلامية، لاهور، باكستان.

34- Sir Abdur Rahim , Muhammdan Jurisprudence
35- Broom, H. Aselection of Legal Maxims , 10 th edilion , Fifth reprint, Pakistan Publishing House 1982 .
36- Hart, H.L.A The Concept of Law Oxford, Clarendon,1965
37- Hourani G.F., Islamic Rationalism, The Ethics of Abd al Jab bar, Oxford Clarendon, 1971 .
38- Hurgronje C.S, Selected Works of C. Snouk Hngronje. Edited and translated by G.H. Bosquet and J. Schacht, Leiden, Brill, 1957.
39- Levy R. The Social Structure of Islam, Cambridge University, Press, 1957 .
40- Mohammad Iqbal, Reconstruction of Religious Thonght in Islsm Lahore 1965.
41- Maxwell on the Interoretation of Statutes, Bombay 1969.
42- Rahman , F.Islam, London, Weiden field, 1966 .
43- Schaeht, J. Introduction to Islamic Law Oxford, Clarendon 1966.
Schaht J. Mohammadan Jurisprudence

محتويات الكتاب

تقديم	٩
تمهيد	١٥
في معنى أصول الفقه وأهم المؤلفات فيه	١٥
معنى أصول الفقه	١٥
نشأة علم أصول الفقه	١٧
تدوين علم أصول الفقه	١٩
طريقة المتكلمين	٢١
فائدة هذه الطريقة	٢٢
طريقة الأحناف أو الفقهاء	٢٢
الطريقة الجامعة أو طريقة المتأخرين	٢٣
الغاية من دراسة أصول الفقه	٢٤
مقدمات علم أصول الفقه	٢٥
المبادئ الفقهية	٢٧
أسلوب الكتابة الأصولية	٢٨
القسم الأول ـ الحكم الشرعي	٣١
تقديم	٣١
الفصل الأول : المحكوم به (الحكم الشرعي)	٣٥
معنى الحكم الشرعي	٣٥
المبحث الأول : أنواع الأحكام التكليفية	٣٧
أولاً ـ الوجوب ـ تقسيمات الواجب ـ الواجب المقيد والمطلق ـ الواجب المقدر وغير المقدر ـ الواجب المعين والمخير ـ الواجب المقدر وغير المقدر ـ الواجب المعين والمخير ـ الواجب العيني والكفائي ـ	٣٧ـ٤٢
ثانياً ـ المندوب ـ تعريفه ـ أنواع المندوب ـ منزلة المندوب من الواجب	٤٣
ثالثاً ـ المحرم ـ تعريفه ـ أقسام المحرم	٤٤

رابعاً ـ المكروه ـ تعريفه	٤٦
خامساً ـ المباح ـ تعريفه ـ تقسيم الإباحة ـ الإباحة العامة والخاصة ـ الإباحة الأصلية والطارئة ـ أحكام المباح ـ	٤٦ـ٥٢
المبحث الثاني ـ أقسام الحكم الوضعي	٥٣
تقديم	٥٣
أولاً ـ السبب ـ تعريفه ـ تقسيم السبب من حيث المناسبة للحكم ـ السبب والعلة ـ تقسيم السبب بالنظر إلى استطاعة المكلف وقدرته ـ تقسيم السبب بحسب الحكم المترتب عليه تقسيم السبب بالنظر إلى استطاعة المكلف وقدرته ـ تقسيم السبب بحسب الحكم المترتب عليه .	٥٤ـ٥٦
ثانياً ـ الشرط ـ تعريفه ـ الفرق بين الشرط والركن ـ تقسيم الشرط بحسب مصدر اشتراطه ـ تقسيم الشرط بحسب ما يكمله.	٥٧ـ٥٩
ثالثاً ـ المانع ـ تعريفه ـ حكمه .	٥٩ـ٦٠
رابعاً ـ الصحة والبطلان ـ التعريف ـ منزلة الفساد ـ	٦٠ـ٦٢
الفصل الثاني : الحكم الشرعي (مصدره ومتعلقه)	٦٣
مصدر الحكم الشرعي	٦٣
بم يعرف حكمه	٦٣
المحكوم فيه (الفعل)	٦٦
شروط التكليف بالفعل	٦٧
التكليف بالمشاق	٦٨
أقسام المحكوم به	٦٩
الشروط الواجبة فى المكلف لتكليفه	٧٤
١ـ العقل والتمييز	٧٤
٢ـ حرية الاختيار	٧٥
٣ـ الخضوع لولاية الدولة الإسلامية	٧٥

الفصل الثالث : الأهلية	٧٧
تعريفها	٧٧
أهلية الوجوب	٧٧
أقسام أهلية الوجوب	٧٨
الشخص الاعتبارى	٧٩
أهلية الأداء	٨٠
أهلية الأداء الكاملة والناقصة	٨١
عوارض الأهلية	٨٣
(العوارض السماوية) تقديم ـ أولاً : الجنون ـ ثانياً : العته ـ ثالثاً : النسيان ـ رابعاً: المرض	٨٨_٨٣
(العوارض المكتسبة) أولا : السكر ـ ثانياً: الهزل ـ ثالثاً ـ السفيه السفيه فى القانون المصرى ـ رابعاً: الخطأ ـ معنى الخطأ ـ	١٠٣_٨٨
أحكام الخطأ ـ خامساً: الإكراه ـ معنى الإكراه ـ أحكام الإكراه مقارنة بين الحكم الشرعى والقاعدة القانونية: تنعريفها ـ الاختلاف ـ النتائج ـ بين الحكم الشرعى والقاعدة القانونية	١١٠_١٠٤
القسم الثانى: الأدلة الشرعية	١١٣
تقديم	١١٣
معنى الدليل ـ الدليل الشرعى والعقلى ـ الأدلة القطعية والظنية مراتب الأدلة	١٢٠_١١٦
المصدر الأول (القرآن الكريم): التناول الأصولى ـ التعريف بهذا المصدر ـ طبيعة التشريعات القرآنية ـ أسلوب القرآن فى مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة ـ حجية القراءات ـ عربية ألفاظ القرآن ـ تفسير القرآن الكريم ـ التفسير بالقاصد	١٣٥_١٢١
المصدر الثانى (السنة النبوية): التعريف اللغوى للسنة ـ التعريف الاصطلاح للسنة ـ حجية السنة فى الدلالة على الأحكام ـ رواية السنة وثبوتها ـ أنواع السنة ـ اولا الحديث المتواتر ـ حكم الحديث المتواتر وأنواعه ـ ثانى المشهور او المستفيض ـ	١٥٤_١٣٦

حكم الحديث المشهور عند الأحناف ـ ثالثاً: خبر الآحاد ـ حكم خبر الآحاد ـ شروط العمل بخبر الآحاد ـ رابعاً ـ الأحاديث المرسلة ـ رواية الحديث بالمعنى ـ السنة غير التشريعية ـ السنة التشريعية والتصرفات بالإمامة والقضاء. ١٥٥ـ١٧٣

ثالثاً ـ الإجماع : أصل الإجماع وتطوره ـ تعريف الإجماع ـ أهل الإجماع ومن لهم الحق فى عقده ـ أنواع الإجماع ـ أقسام الإجماع بحسب المجمعين ـ إجماع أهل السنة ـ اجماع أهل البيت ـ إجماع الخلفاء الأربعة ـ صور تحقق الإجماع ـ شروط الإجماع ـ حجية الإجماع . ١٧٤ـ٢٠٦

رابعاً ـ القياس: تقديم ـ تعريف القياس ـ أنواع القياس ـ قياس الأولى ـ قياس التسوية ـ قياس الأدنى ـ القياس الأصولى والمنطق الأرسطوطاليسى ـ حجية القياس ـ الأصل والشروط فيه ـ الفرع وشروطه ـ العلة ـ شروط العلة ـ المناسبة بين العلة والحكم ـ مسالك العلة ـ أحكام القياس .

خامساً ـ المصلحة: تقديم ـ معنى المصلحة ـ المصالح المرسلة ـ طبيعة إعمال المصلحة المرسلة ـ العمل بالمصلحة ومرتبته من العمل بالنص ـ شروط العمل بالمصلحة المرسلة ـ قواعد العمل بالمصالح ـ ١ـ رفع الضرر أو الضرر يزال ـ ٢ـ الضرر يدفع بقدر الإمكان ـ ٣ـ المشقة تجلب التيسير ـ ٤ـ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ـ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. ٢٠٧ـ٢٢٣

سادساً ـ الاستحسان: تعريفه ـ موقف الشافعى من الاستحسان ـ الاستحسان بالنص ـ الاستحسان بالإجماع ـ الاستحسان بالعرف ـ الاستحسان للضرورة ـ الاستحسان للمصلحة ـ الاستحسان بالقياس الخفى. ٢٢٣ـ٢٣٢

سابعاً ـ العرف ـ تعريفه ـ حجية العرف ـ شروط اعتبار العرف والعمل به ـ قواعد العمل بالعرف ـ العادة محكمة ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ـ لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الزمان والمكان ـ مجال عمل العرف ٢٣٣ـ٢٤٠

ثامناً ـ سد الذرائع : تعريفه ـ الحيل الشرعية ـ حجية سد الذرائع ـ شروط العمل بسد الذرائع ٢٤٠ـ٢٤٣

تاسعاً ـ الاستصحاب: تعريفه ـ أنواعه ـ حجية الاستصحاب ـ قواعد الاستصحاب ـ اليقين لا يزول بالشك ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان ـ الضرر لا يكون قديماً ـ الأصل براءة الذمية ـ ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل ـ لا عبرة للتوهم ـ لا عبرة بالظن البين خطؤه. ٢٤٤ـ٢٥١

القسم الثالث: تفسير النصوص ودلالات الألفاظ ٢٥٢

تقديم ٢٥٢

القاعدة الأولى ـ الحقيقة والمجاز ـ مفهوم الحقيقة والمجاز ـ أقسام الحقيقة ـ الحقيقة اللغوية ـ الحقيقة العرفية ـ الحقيقة الشرعية ـ متى يصار إلى المجاز ـ أنواع القرائن ـ قرينة حسية ـ قرينة عقلية ـ قرينة شرعية ـ الجمع بين الحقيقة والمجاز (قضية عموم المجاز) ـ الصريح والكناية. ٢٥٥ـ٢٦٦

القاعدة الثانية : قاعدة ألفاظ العموم والخصوص والاشتراك ـ تقديم ـ مفهوم العام ـ بين العام والمنطق ـ ألفاظ العموم ـ دلالة العام على أفراده قبل التخصيص ـ دلالة العام بعد التخصيص ـ رأى الشاطبى فى دلالة العام ـ دخول النساء عند خطاب الرجال ـ قصد العموم من الخطاب الخاص ـ عموم المقتضى ـ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ـ التخصيص ـ التخصيص عند جمهور الأصوليين ـ بين النسخ والتخصيص ـ دلالة الخاص ـ الإطلاق والتقييد ـ معنى المطلق والمقيد ـ حكم المطلق والمقيد ـ حمل المطلق على المقيد ـ الأمر والنهى ـ صيغ الأمر وموجبه ـ الأمر بعد النهى ـ دلالة الأمر على الفور والتكرار ـ صيغ النهى وموجبه ـ المشترك ـ حكم المشترك . ٢٦٧ـ٢٩٩

القاعدة الثالثة ـ قاعدة الوضوح والخفاء ـ تقديم ـ ٣٠٠

القسم الأول: المجمل (الخفى الدلالة) ـ بيان المجمل ٣٠٥ـ٣١٢
القسم الثانى : الواضح الدلالة (الظاهر ـ النص) الظاهر ـ معنى التفسير والتأويل ـ النص ـ المفسر ـ المحكم ـ إشارة النص ـ اقتضاء النص ـ عموم المقتضى ـ دلالة النص أو مفهوم الموافقة ـ نوع دلالة النص أو مفهوم الموافقة ـ مفهوم المخالفة ـ حجيته وحكم الاستدلال بهذا المفهوم ـ أنواع المفهوم المخالف ـ شروط العمل بمفهوم المخالفة عند الأصوليين ـ حكم مفهوم المخالفة فى تفسير النصوص القانونية ٣١٣ـ٣٤٨
القاعدة الخامسة : تفسير النصوص المتعلقة بالجنايات والعقوبات عليها من وجهة النظر الأصولية . ٣٤٨
القسم الرابع : الاجتهاد ـ تقديم ـ أولاً ـ الاجتهاد ـ شروط المجتهد ـ تجزئة الاجتهاد ـ مجال الاجتهاد ـ باب الاجتهاد ـ أسباب الخلاف بين المجتهدين ـ الاجتهاد فى العصر الحديث ـ أنواع الاجتهاد فى العصر الحديث ـ مؤسسات الاجتهاد الجماعى ـ أحكام الاجتهاد ـ التقليد ـ معناه ـ حكمه ـ التمذهب بمذهب معين ـ التلفيق والتخير من المذاهب ـ تلفيق ـ معنى التخير ـ المتخير ـ مناهج التخير التشريعى ـ قواعد الاجتهاد والتقليد . ٣٥٣ـ٣٨٩
القسم الخامس: القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة ـ تقديم ـ معنى القاعدة الفقهية ـ بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية ـ تطور التفكير فى القواعد الفقهية ـ أولاً ـ القواعد المتعلقة بالمصلحة ـ ثانياً ـ القواعد المتعلقة بالملكية ـ ثالثاً ـ القواعد المتعلقة بالضمان ـ رابعاً ـ القواعد المتعلقة بالعرف ـ خامساً ـ القواعد المتعلقة بالبينات والإثبات ـ مقاصد الشريعة ـ تقديم ـ التطور التاريخى للاستدلال بمقاصد الشريعة ـ أنواع المقاصد ـ مقاصد الشريعة فى العصر الحديث ـ مقاصد المكلف ـ تبين قصد الشارع ـ قواعد المقاصد . ٣٩٠ـ٤٣٦
الخاتمة ٤٣٧
أهم المراجع والمصادر ٤٤١

رقم الايداع ٩٧/١١٤٠٦
الرقيم الدولى
977-03-0400-x